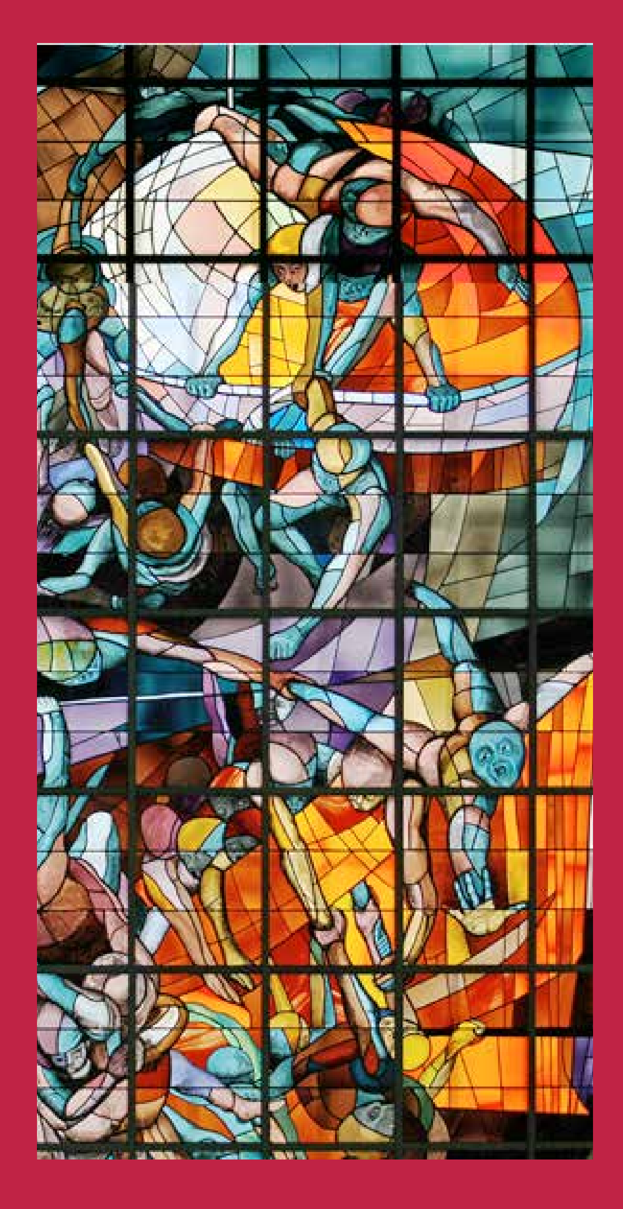
José Peña Solís

Abogado summa cum laude, Doctor en Derecho y
Profesor Titular de la Universidad Central de Venezuela



MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO

LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: DE POLICÍA ADMINISTRATIVA, DE SERVICIO PÚBLICO, DE FOMENTO Y DE GESTIÓN ECONÓMICA

Volumen Tercero

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Estudios Jurídicos Nº9
Caracas / Venezuela / 2003

José Peña Solís

Abogado summa cum laude, Doctor en Derecho y
Profesor Titular de la Universidad Central de Venezuela

MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO

La Actividad de la Administración Pública: de Policía Administrativa, de Servicio Público, de Fomento y de Gestión Económica

Volumen Tercero

9

Colección de Estudios Jurídicos
Tribunal Supremo de Justicia
Caracas/Venezuela/2003

OBRAS DEL AUTOR:

Serie Estudios Jurídicos:
Manual de Derecho Administrativo - Volumen I
Adaptado a la Constitución de 1999
Impresión: 1.000 ejemplares.
Primera reimpresión: Octubre 2001 - 1.000 ejemplares.
Segunda reimpresión: Julio 2002 - 2.000 ejemplares

Manual de Derecho Administrativo - Volumen II
Adaptado a la Constitución de 1999
y a la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001
Impresión: 1.000 ejemplares.
Reimpresión: Julio 2002 - 2.000 ejemplares

Serie Normativa:
El régimen de formulación de reparos en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.
Impresión: 1.000 ejemplares

KHW 3230
P3973

Peña Solís, José
Manual de Derecho Administrativo / José Peña Solís.
Fernando Parra Aranguren, editor.
Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2003.

3 v. (694 p.) - (Colección de Estudios Jurídicos, Nº 9)
ISBN:
1. Derecho Administrativo - Venezuela.

El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable de las ideas expresadas por el autor

Colección de Estudios Jurídicos Nº 9 - Volumen Tercero
Fernando Parra Aranguren, Director

Depósito Legal lf:
ISBN:
Deposito Legal lf:
ISBN:

PALABRAS PRELIMINARES

La Constitución de 1999, lo hemos observado en múltiples oportunidades, no sólo consagró al Tribunal Supremo de Justicia como la máxima instancia jurisdiccional del país, sino que le encomendó la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, razón por la cual ese organismo asumió una posición activa en programas necesarios tendentes a incrementar el conocimiento de los integrantes del sistema de justicia.

De este modo se inició la publicación de la *Colección de Estudios Jurídicos* en setiembre de 2000, siendo su primer título el **Manual de Derecho Administrativo**, *Adaptado a la Constitución de 1999*, de José Peña Solís, para la fecha Presidente de la Sala Electoral de este Tribunal Supremo de Justicia, con un tiraje de un mil ejemplares. Un año después, en octubre de 2001, se hizo la primera reimpresión de la obra, también de mil, y una segunda reimpresión de dos mil en julio de 2002.

En diciembre de 2001, se editaron mil ejemplares del segundo tomo del **Manual de Derecho Administrativo**, *Adaptado a la Constitución de 1999 y a la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001*, en el Nº 5 de la misma Colección, con una primera reimpresión de dos mil ejemplares en julio de 2002.

Hoy entregamos a la comunidad jurídica, en el Nº 9 de la misma Colección, el tercer tomo del **Manual de Derecho Administrativo**, *La actividad de la administración pública: de policía administrativa, de*

servicio público, de fomento y de gestión económica, basado, como los anteriores, en el Programa de Derecho Administrativo I vigente en la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, donde el autor se desempeña como Profesor Titular.

El presente volumen, señala el autor, se inicia con una "especie de 'paseo' histórico desde finales del siglo XVIII, con el inicio del Estado de Derecho hasta llegar en Venezuela al Estado social y de justicia, sin descuidar esa actividad en el contexto de la globalización y la liberación económica" para que el mismo le sirva "como punto de partida para entrar a examinar los lineamientos doctrinarios, normativos y jurisprudenciales de cada una de las (...) categorías de actividad administrativa, para posteriormente determinar su aplicación en el ordenamiento jurídico venezolano". Por esta razón, "el libro aparece organizado en cuatro capítulos, a saber: **La actividad administrativa de policía administrativa (XII)**, **la actividad administrativa de fomento (XIII)**, **la actividad administrativa de servicio público (XIV)**, y **la actividad administrativa de gestión económica (XV)**, todos ellos correlacionados con los puntos pertinentes de los volúmenes anteriores".

Estos tres volúmenes y **El régimen de formulación de reparos en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal**, Serie Normativa Nº 3, Caracas 2002, son el resultado de una labor solitaria, carente, además, de contenido económico para el autor, por haber cedido los derechos correspondientes a la *Fundación Gaceta Forense,* como su contribución personal para la mejor preparación profesional de quienes integran el mundo de las leyes: jueces, abogados y estudiantes. El Tribunal Supremo de Justicia quiere, con esta declaración, agradecer públicamente el gesto de su Magistrado Emérito José Peña Solís.

Caracas, 4 de julio de 2003

Iván Rincón Urdaneta

TABLA DE CONTENIDO

privan en las privatizaciones. 15.5.4. Los límites a la privatización. 15.5.5. El control del Estado sobre las empresas privatizadas. 15.5.5.1. Premisa introductoria (acerca del planteamiento sobre el control administrativo de las empresas públicas privatizadas). 15.5.5.2. Los mecanismos de control administrativo de las empresas privatizadas conocidos como "golden share". 15.6. **La actividad de gestión económica de la Administración Pública en Venezuela**. 15.6.1. La Constitución económica (Sistema jurídico de economía mixta en la Constitución de 1999). 15.6.1.1. Premisa introductoria (el trazado normativo de la Constitución económica). 15.6.1.2. La norma de portada de la Constitución económica (el artículo 299) y el sistema de economía mixta. 15.6.1.3. Las razones que privan para postular la existencia de un sistema de economía mixta, en la modalidad de "economía social de mercado. 15.6.1.4. Las características del sistema de economía mixta delineado en la Constitución de 1999 (neutralidad de las normas o preponderancia del Estado o del mercado). 15.6.1.4.1 La cláusula del Estado social prevista en el artículo 2 constitucional y el sistema de economía mixta. 15.6.1.4.2. La modalidad del sistema de economía social de mercado y la posibilidad de predicar la neutralidad de las normas que integran la Constitución económica. 15.6.1.4.3. La primacía del Estado derivada de la relación entre la cláusula del Estado social y la Constitución económica, y el contenido sustantivo de las normas sustantivas que integran a ésta. 15.6.2. Las nacionalizaciones en Venezuela. 15.6.2.1. Premisa introductoria (acerca de la inexistencia de la figura de la nacionalización en Venezuela. 15.6.2.2. Las "nacionalizaciones indirectas" en Venezuela. 15.6.2.3. La situación de PDVSA nacionalizada. 15.6.2.4. El Decreto con fuerza de ley Orgánica de Hidrocarburos y la reducción de la actividad monopólica de PDVSA. 15.6.3. **La figura constitucional de la reserva en Venezuela.** 15.6.3.1. La figura de la reserva en la evolución constitucional. 15.6.3. 2. Los perfiles de la reserva en las Constituciones

de 1936 a 1961. 15.6.3.3. Los actos de reserva durante la vigencia de la Constitución de 1961. 15.6.3.4. La reserva en la Constitución de 1999. 15.6.3.4.1. Síntesis del iter constituyente. 15.6.3.4.2. Análisis del artículo 302 de la Constitución (la reserva de industrias, explotaciones, servicios y bienes. 15.6.3.4.2.1. La reserva como técnica de intervención del Estado en la Economía. 15.6.3.4.2.2. El objeto de la reserva. 1.5.6.3.4.2.2.1. La actividad petrolera como objeto de la reserva. 1.5.6.3.4.2.2.2. Las otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y carácter estratégico que pueden ser objeto de la reserva. 15.6.3.4.2.3 Reserva originaria y reserva derivada y nacionalización. 15.6.3.4.2.4. Las medidas de ordenación y de reordenación jurídica sólo pueden conducir a la nacionalización derivada o indirecta. 15.6.3.4.2.5. La naturaleza de la potestad estatal mediante la cual se declara la reserva. 15.6.3.4.2.6. Declaración de la reserva mediante una Ley, o la Ley mecanismo idóneo para declarar la reserva. 15.6.3.5**. La reserva: ¿materia de reserva legal o materia de reserva legal de parlamento?** 15.6.3.6**. Los derechos fundamentales o constitucionales: Límites implícitos a la potestad de reserva del Estado.** 15. 6.4**. Las empresas públicas en Venezuela**. 15.6.4.1. Las empresas públicas en la Constitución de 1961. 15.6.4.2. **Las empresas públicas en la Constitución de 1999.** 15.6.4.3. **La nueva noción de empresa pública derivada del ordenamiento postconstitucional.** 15.6.4.3.1. El criterio funcional de empresa Pública. 15.6.4.3.2. La reducción ocurrida en el criterio funcional de empresa pública a partir del año 2000. 15.6.4.3.2.1. El artículo 300 constitucional y las Leyes Orgánicas de la Administración Pública y de la Administración Financiera del Sector Público. 15.6.4.3.2.2 La pertinencia de incluir el marco regulatorio de las empresas Públicas en la Ley Orgánica de la Administración Pública. 15.6.4.3.2.3. La reducción subjetiva del concepto de

INTRODUCCIÓN

En un país que puede caracterizarse como de promesas incumplidas y de metas no logradas, hoy me siento sumamente complacido por haber logrado ejecutar totalmente el proyecto de estudio e investigación que me propuse hace tres años y medio, a raíz de la promulgación de la Constitución de 1999, el cual queda reflejado en un Manual de Derecho Administrativo General, con especial referencia a Venezuela, en tres volúmenes con un poco más de dos mil páginas, del que entrego hoy para su publicación el tercer volumen, referido a la **Actividad de la Administración Pública**, o como también suele denominarse doctrinariamente: los contenidos de la actividad administrativa.

Debo recordar que debido a mi condición de Profesor de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, decidí tomar como base del mismo el Programa de la asignatura Derecho Administrativo I de la aludida Escuela, pero en virtud de que en el año 2002, fue modificado dicho programa, tuve que reformar todo el plan de este tercer volumen, y dedicar en consecuencia su contenido a la Actividad de la Administración Pública, que es una materia sobre la cual la literatura resulta prácticamente inexistente en Venezuela, salvo tres o cuatro artículos publicados en revistas, que desde luego he revisado con mucho interés. Sin embargo, debe tenerse presente que elaborar un manual supone, en primer lugar, un abordaje general y sistemático de

cada uno de los temas que lo integran, que en este caso, sin tener un tratamiento monográfico, dicho abordaje pretende ser integral, en tanto el desarrollo de cada uno de esos temas tiene como punto de partida todos sus lineamientos generales, y actual, porque ese desarrollo conceptual responde a la literatura jurídica más actualizada, tanto nacional como extranjera, que he logrado obtener.

En segundo lugar, intentar mantener un hilo conductor a lo largo de los tres volúmenes, tratando de evitar las casi inevitables contradicciones, lo que no implica negar la posible existencia de algunas en dichos libros, las cuales por supuesto son de mi exclusiva responsabilidad. Esta labor es mucho más compleja en el ámbito del Derecho Público o Administrativo, pues es bien sabido por todos la caracterización de “legislación motorizada” que le dieron los alemanes a esta normativa, precisamente por la velocidad con que son producidos y modificados los instrumentos normativos que se inscriben en esta rama del Derecho. De modo, pues, que esta circunstancia totalmente ajena al control de cualquiera persona que escriba en este campo configura la indicada dificultad.

Debido a que esta introducción también tiene una finalidad didáctica, estimo que los anteriores razonamientos sirven para demostrar la significativa diferencia que existe entre escribir una monografía, y escribir un Manual, y ni se diga un Tratado, y quizás ello explique los pocos Manuales que se han escrito en nuestro país en todas las ramas del Derecho, siendo esa ausencia tal vez más notable en el área del Derecho Público.

Tengo que aprovechar estas páginas para reiterar mi satisfacción por el logro de la meta que me propuse, pues aunque pueda parecer pedantería –los que me conocen saben que no peco de ese defecto– debo dejar constancia que éste es un trabajo realizado en solitario, sin ningún tipo de ayudante ni asistente, ni de ayuda material, lo que aunado a las necesarias paralizaciones del mismo, por razones

de ejercicio profesional, y hasta de salud, en algunas ocasiones, sobre todo en este último año y medio, me ha tenido al borde del abandono, pero he logrado vencer esas debilidades con la perseverancia, la disciplina y el espíritu de superación que siempre me han acompañado, y también por la fidelidad a mis prédicas de clase, en las cuales invoco constantemente esas virtudes que deben ser cultivadas por los futuros abogados, si quieren destacarse en un universo de profesionales que lamentablemente ya pasa de los cien mil.

Por supuesto, que también me ha servido de motivación fundamental el hecho de que hasta ahora se han vendido más de cinco mil ejemplares de los dos Volúmenes anteriores, pero debo reiterar que esa motivación no está vinculada de ninguna manera a la variable económica, pues nunca he recibido ni un solo bolívar por la venta de los libros que he escrito, los cuales por cierto siempre han sido publicados por entes públicos o privados sin fines de lucro; en cambio, sí está muy relacionada con la satisfacción que me produce saber que los libros están siendo leídos, sobre todo por estudiantes y abogados jóvenes, porque esa actividad abre un espacio, por pequeño que sea, para el debate fructífero de las ideas en el ámbito del Derecho Público, que hoy más que nunca está haciendo mucha falta en Venezuela.

Una vez que he expresado mi gran satisfacción por la terminación del proyecto, debo referirme, como sucede en toda introducción, al contenido de este tercer volumen, que como señalé antes versa sobre **la Actividad de la Administración Pública**, cuyo examen de las diversas modalidades de la misma, me ha conducido a realizar una especie de “paseo” histórico desde finales del Siglo XVIII, con el inicio del Estado de Derecho hasta llegar en Venezuela al Estado social y de justicia, sin descuidar esa actividad en el contexto de la globalización y la liberación económica. Es así como he comenzado por la **actividad de policía administrativa**, que a pesar de que era típica del Estado Absoluto, pese a la vigencia del principio de legali-

dad, se "coló" en el Estado de Derecho, para quedarse hasta hoy con importantes matizaciones, concebida más que como actividad de policía, aunque la denominación se mantiene pese a los esfuerzos doctrinarios por cambiarla, como **de ordenación o limitación** de las actividades de los ciudadanos, escindida en actividad de policía general o de orden público, y de policía especial.

A finales del siglo XIX la Administración comienza tímidamente a realizar actividades prestacionales, que posteriormente en el siglo XX se generalizan, sobre todo después de la consagración en las Constituciones de la cláusula del Estado social, que van a ser conceptuadas como servicios públicos, y aparejados al ejercicio de los llamados derechos sociales, propios del Estado de bienestar que se instaura en Europa después de la segunda guerra mundial, los cuales dan origen a la **actividad administrativa de servicio público**. Hoy, la globalización y liberalización de la economía han motivado el surgimiento de un nuevo concepto de servicio público, que pasa por sustituir la "publicatio", por la "despublicatio", privilegiando a la libre competencia y al mercado abierto, pero siempre garantizando la satisfacción de las necesidades implicadas en la definición de servicio público, mediante la creación de las denominadas "obligaciones de servicio público" siendo quizás la mejor expresión de ellas el servicio universal, de tal manera que **la actividad de servicio público** sigue existiendo, y además siendo muy importante, pero dentro un marco conceptual distinto al original.

Pero a la par de que la Administración ordenaba y limitaba las actividades, sobre todo económicas, de los particulares (actividad de policía), prodigaba prestaciones en materia de salud, vivienda, educación etc. (actividad de servicio público), estimulaba o promocionaba su actividad en determinados sectores de la economía, de conformidad con el correspondiente plan de desarrollo económico, mediante subsidios, subvenciones, incentivos fiscales, etc., lo que da origen a una nueva categoría de actividad denominada en España a mediados del siglo XX, como **actividad administrativa de fomento**.

La crisis surgida en Europa después de la segunda guerra mundial condujo a la superación de la tesis del liberalismo en la economía, como única manera de atender los ingentes requerimientos de servicios públicos de las grandes masas depauperadas, y en tal sentido hubo necesidad de que la Administración interviniera directamente en la economía, es decir, como un agente económico más. Es así como en Gran Bretaña y Francia se producen procesos de nacionalizaciones de importantes industrias y sectores económicos, y en otros países se acude a la figura de la **reserva** para la Administración intervenir directamente en la economía, básicamente a través de la creación de las **empresas públicas**, figuras todas derivadas de la denominada **Constitución económica**. Surge así entonces la **actividad administrativa de gestión económica**, actualmente reducida significativamente, como consecuencia de los fenómenos de la globalización, liberalización y privatización.

Por supuesto, que en el presente Volumen, al igual que en los anteriores, ese mini "paseo" histórico, sirve únicamente como punto de partida para entrar a examinar los lineamientos doctrinarios, normativos y jurisprudenciales de cada una de las indicadas categorías de actividad administrativa, para posteriormente determinar su aplicación en el ordenamiento jurídico venezolano. Es así entonces como el libro aparece organizado en cuatro capítulos, a saber: **La actividad administrativa de policía administrativa (XII)**, **la actividad administrativa de fomento (XIII)**, **la actividad administrativa de servicio público (XIV)**, y **la actividad administrativa de gestión económica (XV)**, todos ellos correlacionados con los puntos pertinentes de los volúmenes anteriores.

Finalmente, observo que han transcurrido tres años y medio desde que inicié este proyecto, y tengo que lamentar, en mi condición de docente y de ciudadano, que cada día se aleja más la idea de avanzar hacia la consolidación de una cultura jurídica en el país, que no es más que la fe que debe profesarse por el respeto a la Ley, pues

no dejo de asombrarme cada vez con mayor frecuencia del tenor de algunas, pero trascendentales decisiones, emanadas de los órganos jurisdiccionales, y de las autoridades administrativas, las cuales inexplicablemente "barren", sin ningún pudor de sus autores, tanto principios básicos como generales del Derecho, que diariamente nos empeñamos en enseñar en las aulas universitarias. Cabe preguntarse entonces, vale la pena seguir con esa docencia que se torna casi quijotesca, o seguir haciendo grandes esfuerzos para escribir libros que recojan esos principios, olímpicamente ignorados por jueces, magistrados, fiscales, presidentes, ministros y otros funcionarios.

Debo confesar que a veces pienso que la respuesta debería ser negativa, pero igualmente reconozco que se trata de debilidades transitorias, porque inmediatamente reacciono y decido que mientras tenga un mínimo de fuerza de voluntad seguiré en la Universidad, semillero, como lo dije en otra oportunidad, de los sueños de justicia y libertad, formando abogados para una Venezuela absolutamente distinta en la cual esté proscrita la impunidad, y efectivamente reine la justicia social, y por ende, la justicia. Por ahora he cumplido una meta en ese camino, el cual transitaré siempre.

Caracas, junio de 2003

CAPÍTULO XII

LA ACTIVIDAD DE POLICÍA ADMINISTRATIVA. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN Y DE LOS ADMINISTRADOS

12.1. **Premisa introductoria**. En virtud de que en el año 2001 fue modificado el Programa Administrativo I de la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, que como es sabido ha sido y continúa siendo la base de la elaboración del presente Manual, y esa modificación condujo a una reubicación de ciertos puntos de algunos de los temas que lo integran, los cuales quedaron ubicados en capítulos desarrollados –conforme al programa anterior– en el Primer Volumen. Por lo tanto, consideramos necesario exponer esos puntos, guardando la debida congruencia conceptual, en los correspondientes capítulos de este Tercer Volumen. Ese es el motivo que nos conduce a comenzar este capítulo que encabeza la Unidad N° 3, del programa: "Los cometidos de la Actividad Administrativa", bajo la denominación de "**La actividad de policía administrativa**", con los acápites temáticos concernientes "a la actividad administrativa. Principios, y el principio de autotutela", que integran el tema 4 del Programa, pues los restantes puntos del mismo están incluidos, como ya dijimos, en el referido Primer Volumen.

12.2. **La actividad administrativa**.

12.2.1. **Actividad y función administrativa. Delimitación conceptual**.

12.2.1.1. **Noción general**. Debemos comenzar puntualizando que la Administración Pública, o mejor las Administraciones Públicas (Nacional, Estadal y Municipal: Centrales y Descentralizadas) realizan un conjunto de actividades para el logro de los fines públicos, o de interés general, que son predeterminados por normas de distinto rango. Por supuesto, que esos intereses públicos son muchos y diferentes, y su predeterminación legal obedece a los lineamientos políticos sociales que caracterizan a cada tipo de Estado. Así por ejemplo, la actividad de las Administraciones durante el Estado Liberal era relativamente reducida, en virtud de que privaba el criterio del denominado "Estado mínimo", porque éste debía limitar su actuación a tres o cuatro funciones básicas (orden público, defensa exterior, justicia y relaciones internacionales), dejando en manos de los particulares todas las demás. En cambio, en el Estado Social y democrático de derecho, se produce la intervención del Estado en casi todos los sectores de la vida social y económica, los cuales anteriormente estaban reservados exclusivamente a los particulares, razón por la cual las actividades de las Administraciones Públicas no sólo aumentan mucho, sino que se extienden a sectores caracterizados por su gran complejidad e importancia económica y estratégica. En la presente etapa, en la cual la mayoría de los Estados vuelven su mirada hacia el concepto de Estado Liberal, y al mismo tiempo se impone la globalización, presenciamos como nuevamente cobra relevancia la idea de que el Estado deje en manos de los particulares, mediante la figura de la privatización, importantísimos sectores de la vida social, sobre todo económicos, que hasta ahora ha venido gestionando.

En la mayoría de los países, vista la experiencia de los pocos Estados que han llevado a cabo procesos de privatización en forma excesiva, por decir lo menos, pretendiendo imponer la tesis del "estado

mínimo", con resultados muy negativos, como el caso de Argentina, debe reconocerse que los referidos procesos de privatización y liberalización han sido manejados con sindéresis, manteniendo un núcleo irreductible de protección a los intereses generales, que al fin y al cabo es la razón de ser de las Administraciones Públicas, mediante la consagración de fórmulas jurídicas en los correspondientes instrumentos normativos, tales como las denominadas "obligaciones de servicio público", en el marco de la nueva concepción de servicio público que surge como producto de los aludidos procesos de privatización y liberalización. Pues bien, pese a esa tendencia a la reducción de la actuación del Estado, es necesario reconocer que todavía las actividades que realiza la Administración Pública continúan siendo muchísimas y muy diversas. Por tanto, se impone el examen de los principales principios generales que las orientan a la luz de casi todos los ordenamientos jurídicos del mundo occidental, a los fines de proporcionar una visión sistemática de las mismas, que permita y facilite su manejo a los operadores jurídicos.

12.2.1.2. **La función y la actividad administrativa**. Cabe recordar que el artículo 141 de la Constitución de 1999, establece que la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos o ciudadanas, o lo que es lo mismo en términos, del artículo 103 de la Constitución Española, que sin dudas es su fuente, que sirve a los "intereses generales". Por tanto, es posible inferir que la actividad de la Administración Pública está destinada a **servir** a la colectividad, y tiene un carácter instrumental con respecto a ésta, razón por la cual se excluye cualquier posibilidad de intentar otorgarle carácter autónomo, es decir, en el interés del sujeto que la realiza, y persiguiendo fines que él libremente determina, pues –insistimos– en que la Administración se encuentra vinculada en todas sus actuaciones a los fines predeterminados normativamente.

Esta especial característica que acompaña a la actividad administrativa (realizada para servir a la comunidad) ha dado lugar a que la

doctrina la califique de **función**, o de actividad funcionalizada, pudiendo configurarse de esa manera entre función y actividad, una especial relación de género a especie, motivo por el cual debe estudiarse primero la función, a los fines de derivar sus notas esenciales, para posteriormente atribuírselas a la actividad administrativa. En ese sentido se ha definido a la **función** en sentido técnico jurídico, como la actividad destinada a la tutela o cuidado de intereses ajenos, relevante en su globalidad, desarrollada normalmente mediante un determinado procedimiento, y sujeta ciertos métodos de control.

La simple lectura de la definición anterior permite colegir que la misma es aplicable a las actividades de cualquier órgano de los distintos Poderes Públicos, y no sólo a la Administración; de allí que sea posible y conveniente desde el punto de vista didáctico hablar primeramente de **función pública**, siendo entonces en ese orden de razonamiento, **la función administrativa** una especie de la primera, de tal manera que también será, en términos generales, función pública la actividad del Parlamento, así como la de los Tribunales.

Es necesario destacar que la nota más importante para identificar a la función pública, y en particular a la función administrativa, que en definitiva es la que nos interesa examinar, es que la actividad realizada por la Administración siempre es en interés ajeno, y no de ella misma, o sea, en interés de la comunidad, o en términos de nuestra Constitución, de los ciudadanos y ciudadanas. Más concretamente, de intereses públicos, en virtud de que son calificados por las normas como meritorios para ser objeto de tutela, y de ser asignados a los fines de dicha tutela a la Administración Pública.

Ahora bien, en el contexto del marco conceptual anteriormente expuesto, la **función administrativa** ha sido definida por la doctrina italiana como la actividad realizada, mediante el ejercicio de poderes administrativos, por autoridades administrativas, para la tutela, en concreto, de intereses de la colectividad predeterminados por la ley,

relevante en su globalidad y continuidad, desarrollada normalmente a través de determinados procedimientos y sujeta a controles (CERULLI, 1987, MATARELLA, 2000). La anterior definición tiene un carácter descriptivo, pues a los fines de su elaboración se acude a la armonización de un conjunto de elementos teóricos propios del ámbito del Derecho Administrativo, tales como potestades administrativas, procedimiento, controles, interés público, etc.

Así, se mencionan los poderes administrativos, los cuales se corresponden con las potestades administrativas estudiadas en el Volumen anterior, que en realidad no son más que las competencias atribuidas a las correspondientes autoridades administrativas. Y aquí es necesario aclarar, que si bien se puede afirmar en términos generales, para poder hablar de función administrativa, que ella debe obedecer al ejercicio de potestades de esa clase, no se puede sostener lo mismo, con relación al sujeto que la ejerce, pues si bien es cierto que en la gran mayoría de los casos se trata formalmente de una autoridad administrativa (Alcalde, Gobernador, Ministro, etc.), puede ocurrir que esa autoridad ejerza potestades de las mencionadas, sin revestir formalmente el carácter de administrativa. Sería el caso, por ejemplo, del Presidente de la Asamblea Nacional, cuando impone la sanción de destitución a un empleado administrativo de ese órgano parlamentario, o del Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, a un empleado de ese órgano jurisdiccional.

En ambos casos, los titulares de los mencionados órganos al realizar dicha actividad ejercen potestades administrativas, pero no son, como quedó dicho, autoridades administrativas, desde el punto de vista formal, no obstante la actividad derivada de la situación ejemplificada encuadra en la definición objeto de examen. El otro elemento de la misma, alude a la finalidad que debe perseguir la Administración con su actividad, que como dijimos precedentemente, no es otra que la tutela de intereses de la colectividad, predeterminados por la Ley, lo que también obedece al principio de legalidad, pues la Administración no

puede seleccionar los intereses que con su actividad debe tutelar, ya que esa es una competencia del legislador, a quien corresponde evaluar ese interés (seguridad, vivienda, orden público, transporte, etc.), y si lo considera meritorio lo asigna a la correspondiente Administración. De modo, pues, que la Administración carece de libertad, o sea, que no es autónoma, en sentido técnico, para determinar los intereses públicos que debe tutelar, pues –se insiste– que los mismos son predeterminados por la Ley. No debe confundirse esa vinculación en el fin, con los matices que puede revestir la actividad de la Administración para lograr ese fin, pues es bien sabido, y así lo expusimos en el Volumen I, que dichos matices resultan de las potestades regladas y discrecionales de la Administración, cuyo ejercicio origina actividades regladas y discrecionales.

Es preciso aclarar que todos los Poderes Públicos tienen como finalidad tutelar los intereses generales de la comunidad, de tal manera que la Asamblea Nacional tutela el interés público cuando dicta una ley, o el Tribunal Supremo cuando dicta una sentencia, pero es la Administración la encargada de tutelarlo o cuidarlo en forma concreta, estableciendo la correspondiente relación con otros sujetos, bien mediante el referido ejercicio de las potestades administrativas que detenta, o acudiendo en determinados casos a instrumentos y técnicas propios del Derecho Privado. Así, por ejemplo, ocurre cuando prohíbe en un parque nacional la tala de árboles para tutelar la defensa del ambiente, o cuando decide comprar, y no expropiar determinado terreno, para la construcción de una autopista, tutela el interés público relativo a la necesidad de garantizar la circulación por vías terrestres.

Por otro lado, la actividad debe ser relevante en su globalidad, es decir, que su importancia va más allá de cada uno de los actos en los cuales ella se desagrega. En ese orden de ideas MATARELLA (2000) afirma que resulta evidente la relevancia de la actividad administrativa, pues son jurídicamente relevantes, bajo múltiples aspectos "elementos como la actividad interna de las Administraciones

Públicas, los actos instrumentales para la emanación del proveimiento definitivo, los motivos de los proveimientos mismos, la escogencia del otro contratante en la actividad contractual y por fin los resultados de la actividad administrativa".

Se puede afirmar, siguiendo con el análisis de la definición, que la actividad administrativa, por supuesto expresada en actos jurídicos, entendidos éstos como contrapuestos a los actos materiales, se desarrolla mediante procedimientos, cualquiera que sea la clase de actividad administrativa, bien que se traduzca en actos instrumentales o en proveimientos definitivos, inclusive la denominada contractual, y por supuesto que la discrecional. En fin, para que una actividad emanada de la Administración pueda ser calificada de administrativa, debe ser el producto de la tramitación de un procedimiento previsto en la Ley.

Finalmente, la actividad administrativa está sujeta a varias formas de control interno y externo, que se ejercen sobre los actos (recursos administrativos y contencioso administrativos) y sobre la actividad (control de gestión, control de legitimidad y control parlamentario).

Es necesario resaltar que la anterior definición de función administrativa tiene un sentido técnico jurídico, pero no es la única que puede conseguirse en las normas o en la jurisprudencia. Así por ejemplo, es común encontrar en los instrumentos normativos y en los Manuales, el término función concebido como el conjunto de potestades (competencias) que se atribuyen a un órgano, lógicamente de una figura subjetiva pública. Esta acepción de función deriva de "functio", que indicaba el cumplimiento de una tarea y de "munus", que alude a órgano, de tal forma que función viene a ser la actividad propia de un órgano. Es así como debe entenderse la expresión genérica función administrativa, que alude al conjunto (todas las actividades) realizadas por la Administración Pública, la cual, como veremos, no coincide totalmente con el concepto técnico de función antes analizado, debido a que algunas de "todas" esas actividades no encuadran dentro del aludido concepto de función, sino en la acepción denominada por la doctrina como "descriptiva".

También es posible encontrar el término función utilizado en sentido descriptivo, o no técnico, cuando alude a un conjunto de actividades atribuidas a diversos órganos o entes públicos, caracterizadas porque todas ellas apuntan hacia la tutela de un mismo interés público, y es así como suele hablarse de "función sanitaria", "función de seguridad ciudadana", "función de orden público" etc., las cuales en Venezuela, son realizadas por lo menos por los tres entes territoriales en que se desagrega el Estado. No obstante, lo que interesa aclarar es que en ese caso algunas de las actividades comprendidas en el término aludido, pueden no ser "función" en el sentido técnico jurídico previamente analizado, y en definitiva que ese caso es utilizado en sentido descriptivo, y no técnico.

12.2.1.3. **Función administrativa y actividad jurídica de derecho privado**. La definición transcrita de función administrativa se articula sobre la conjunción de un conjunto de elementos teóricos, de tal manera que si falta alguno de ellos, en principio, debe descartarse que la actividad realizada por la Administración pueda calificarse como función administrativa. Eso es lo que ocurre cuando la actividad realizada por el órgano administrativo o ente público, no aparece sustentada en poderes administrativos, ni sujeta al correspondiente régimen de derecho público. En esa hipótesis la Administración en lugar de invocar potestades administrativas, ejerce derechos en el ámbito de la denominada autonomía de su voluntad o negocial.

Ha de subrayarse que una parte de la doctrina sostiene que es posible identificar dos modalidades de actividades realizadas por la Administración conforme a los parámetros del Derecho Privado, a saber:

a) la actividad administrativa de derecho privado, y b) la actividad privada de la Administración. En la primera modalidad el órgano o ente persigue un interés público predeterminado por la Ley, pero en lugar de hacerlo mediante el ejercicio de potestades administrativas, decide, atendiendo sobre todo a la naturaleza de la materia de que se trate,

utilizar un instrumento de derecho privado, y desde luego sujetarse a un régimen también de derecho privado. En ese orden de ideas, la Administración que debe construir un conjunto de viviendas para cierto sector de la población, en lugar de hacerlo con sus propios medios y ajustándose al procedimiento correspondiente, decide constituir una empresa mercantil, por supuesto ajustada al Derecho privado, para que se encargue de esa labor, o cuando en lugar de expropiar decide comprar rigiéndose por las normas del Código Civil.

En realidad en estas hipótesis estamos en presencia del concepto de administración en sentido material o sustancial, porque de lo que se trata es de que un órgano administrativo cuide un interés público predeterminado normativamente, pero sin acudir al ejercicio de potestades administrativas, y sin estar regido –en el caso de Venezuela– preeminentemente por el Derecho Público. A pesar de que la actividad es administración en sentido material o sustancial, no es **función administrativa**, porque le faltan dos elementos fundamentales que analizamos en la definición: ejercicio de potestades administrativas y un régimen preeminente de Derecho Público; de allí la denominación doctrinaria: **actividad administrativa de derecho privado**.

La denominada actividad privada de la Administración o de derecho privado, es aquella mediante la cual los órganos administrativos competentes gestionan sus bienes patrimoniales, verbigracia arrendamiento o adquisición de inmuebles, o para proveerse de los bienes y servicios que le permitan su propio funcionamiento, verbigracia cuando adquiere automóviles, computadoras, papel, etc. Desde luego, que todas esas actividades están reguladas –en el caso venezolano– preeminentemente por el Derecho privado. Y decimos preeminentemente, porque en la mayoría de los casos siempre está presente un núcleo de Derecho Administrativo, sobre todo en los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles, o inclusive de arrendamiento, constituido por el procedimiento licitatorio.

Cabe advertir que una parte de la doctrina, pese a que reconoce el carácter descriptivo y hasta didáctico de la anterior clasificación, niega que exista diferencia alguna entre ambas modalidades, pues al fin y al cabo la denominada **actividad privada de la Administración**, finalísticamente no es más que **actividad administrativa** dirigida indirecta o directamente a la tutela de intereses públicos. Más aún: se afirma que no puede existir una actividad privada de la Administración Pública, en virtud de que si bien se vale de instrumentos de Derecho privado, y en esos casos está sujeta a un régimen de esa naturaleza, de todas maneras persigue un interés público, que es la variable fundamental para definir la naturaleza de la actividad.

En el marco de esa tesis GALATERIA y STIPO (1993) proponen sustituir la anterior clasificación por la siguiente: actividad instrumental y actividad administrativa final de derecho privado, y ejemplifican esas modalidades así: La Administración suscribe un contrato de obra para construir una calle, y suscribe otro para la adquisición de computadoras para vigilar y controlar el funcionamiento de la red de calles de la ciudad. La diferencia radica, en criterio de los citados autores, en que con el primer contrato la Administración Pública cuida o tutela directamente el fin público que le asigna la Ley: la circulación por las calles de la ciudad, y con el segundo, realiza una actividad indirecta o instrumental "siempre administrativa y no privada", pues en ambos casos, la actividad, aunque desarrollada conforme al Derecho privado, tiene como fin el cuidado de un interés público concreto (la circulación por las calles).

Debemos advertir, en primer lugar, que por lo menos en Venezuela, tanto la actividad administrativa de Derecho privado como la actividad privada de la Administración, siempre presentarán, como expresamos antes, un núcleo irreductible de Derecho Público, máxime si se tiene en cuenta que pese a no existir una normativa sustantiva sobre los contratos administrativos, se ha derivado toda una tendencia doctrinaria y jurisprudencial que predica la existencia y validez de los mismos de un precepto contenido en la aún vigente parcialmente Ley Orgánica

de la Corte Suprema de Justicia, y como es sabido esos contratos confieren a la Administración verdaderos poderes administrativos (rescisión e interpretación unilateral, *ius variandi,* etc.). En segundo lugar, interesa destacar que independientemente del predominio de una de las dos tesis expuestas, lo que sí es cierto es la existencia de actividades de la Administración Pública que no son emanadas en ejercicio de potestades administrativas, y están sujetas a un régimen preeminentemente de Derecho privado, y es en ese sentido, que desde el punto didáctico se puede sostener que pese a ser actividades de la Administración, no encuadran dentro del concepto de **función pública**; de allí la razón que conduce a predicar que la función administrativa es el género y la actividad, la especie.

12.2.2. **Clasificación de la actividad administrativa**. Una vez caracterizada la actividad administrativa como la especie más importante de la función administrativa, sobre la base de los indicadores antes analizados, corresponde ahora hacer una revisión muy sucinta, porque su tratamiento exhaustivo escapa a los objetivos de este Volumen del Manual, de las diversas clasificaciones que la doctrina ha formulado de la actividad realizada por la Administración, excluyendo lógicamente la de Derecho Privado, que examinamos con la finalidad de contrastarla con el concepto de función administrativa. Dada la complejidad y la diversidad de las actividades realizadas por las Administraciones Públicas, todo intento de clasificación debe reputarse parcial, no obstante ellas presentan lineamientos que facilitan la comprensión de la actuación de la Administración Pública en cada caso.

12.2.2.1. **Actividad jurídica y actividad material u operaciones materiales**. Como es posible imaginarse si la Administración Pública "ope legis" debe cuidar concretos intereses públicos, las actividades que ejecuta para lograr esos cometidos deben tener relevancia jurídica, las cuales en general se traducen en actos que producen efectos jurídicos (crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas) y en actividades materiales que se expresan en hechos u operaciones, desde

luego también con relevancia jurídica. De la actividad jurídica, en virtud de que forma parte del programa de Administrativo Especial, sólo diremos que está dirigida directamente a producir efectos jurídicos, mediante la emanación de actos de diverso contenido (imposición de sanciones, otorgamiento de una concesión, otorgamiento de una autorización, emanación de un acto normativo, etc.). Por otra parte, se caracteriza por ser formalizada mediante un procedimiento, con la finalidad de proteger los derechos y garantías de los particulares con los cuales se relaciona la Administración, a los fines de tutelar los intereses públicos que les asigna la Ley.

En fin, la actividad jurídica de la Administración se expresa en actos de Derecho Público (actos o proveimientos administrativos), en virtud de que son la expresión concreta de la función administrativa en sentido técnico jurídico en los términos antes expresados, y en actos de Derecho Privado, debido a que son el resultado de la utilización de instrumentos y técnicas de Derecho privado y están sujetos a un régimen de esa misma naturaleza.

En cambio la actividad material es aquella que realiza la Administración en ejecución de actos administrativos, o para cumplir deberes a la que está obligada sin necesidad de una previa decisión, o para realizar una prestación correspondiente a un servicio público (CARINGELLA, 2001). Sin dudas que de la definición anterior se desprende que la actividad material es tan importante, por lo menos desde el punto cuantitativo, como la misma actividad jurídica de la Administración Pública. Así por ejemplo, las reparaciones de las calles, el manejo de los trenes, las prestaciones sanitarias erogadas por los establecimientos públicos, la regulación del tránsito en las calles por los agentes policiales o de tránsito, el arresto de un delincuente, la demolición de un edificio en ruina, la atención en las bibliotecas, el dictado de clases, etc. Como se ve en algunos sectores, sobre todo en los concernientes a los servicios públicos de educación, salud, seguridad, y transporte entre otros, las actividades materiales de la Administración son muy frecuentes.

Por otro lado, una parte de la doctrina incluye dentro de esta clase de actividades a la inercia de la Administración para actuar, concebida como "no acción", y citan innumerables e importantes ejemplos: omisión de colocar la señal de peligro en una vía interrumpida o en un puente caído, omisión de dar la alarma ante un peligro inminente por parte de los controladores aéreos, omisión de dispensar una prestación sanitaria (cirugía), omisión de reparar el alumbrado eléctrico. Inclusive estos comportamientos omisivos tocan de alguna manera a intereses difusos o colectivos.

Del género de la inercia la doctrina destaca al "silencio", el cual califica como una "inercia calificada", clasificándolo en silencio negativo y silencio positivo, cuyo estudio excede los objetivos de este trabajo.

En todo caso interesa hacer notar que las actividades materiales, como puede inferirse de su definición, carecen de relevancia jurídica autónoma, en virtud de que ellas se subsumen en diversas hipótesis jurídicas que conducen a sostener que en todos los casos o son una expresión de la ejecución de un acto administrativo, o revelan el cumplimiento de un deber u obligación de la Administración, o constituyen la erogación de una prestación propia de un servicio público, de tal manera que ellas siempre tienen como fundamento o una norma jurídica o un acto administrativo dictado por la Administración. En ese orden de ideas cuando la Administración demuele un edificio en ruina, esa actividad no es más que la ejecución forzosa de un acto dictado previamente por la Administración Municipal, y el arresto de un ciudadano presupone un acto de un Juez previsto en una norma jurídica.

Planteada así la situación, queda superada la discusión suscitada en los primeros tiempos en que se comenzó a estudiar la actividad material de la Administración Pública, pretendiendo reconducirla a la sujeción al principio de legalidad administrativa, al igual que ocurre con la actividad jurídica. Correspondió a GIANNINI (1970) postular la tesis aceptada por la mayoría de la doctrina, al afirmar que "actos

jurídicos no son sólo los pronunciamientos, sino también los actos "reales", y todos los actos mediante los cuales se manifiesta la denominada actividad material son actos reales. Ellos son como todos los actos reales definibles en el contexto de la relación en la cual se producen, pudiendo ser en consecuencia, actos de ejecución o actos preparatorios de proveimientos administrativos, actos de ejecución de obligaciones o de cumplimiento de obligaciones de la Administración, actos de ejecución de obligaciones que deben cumplirse de oficio (relevantes en las relaciones internas y así sucesivamente).

Queda claro entonces que la denominada actividad material de la Administración siempre aparecerá incardinada a un proveimiento definitivo, a un acto de trámite, o a una obligación de la Administración, o a la prestación que corresponda por el ejercicio de un servicio público, razón por la cual tendrá, al igual que el acto jurídico strictus sensu, relevancia jurídica.

12.2.2.2. **Actividad externa e interna**. La primera clase, como su nombre lo indica, es aquella que realiza la Administración para tutelar el interés público concreto que le asigna la Ley, mediante la emanación de actos que producen efectos jurídicos inmediatos, en virtud de que constituyen, modifican o extinguen situaciones jurídicas, como por ejemplo destituciones, expropiaciones, decomisos, autorizaciones, concesiones, etc. En ese caso la actividad genera una relación intersubjetiva que puede configurarse entre una Administración y un particular, o entre dos Administraciones, verbigracia entre un Ministerio y una Alcaldía. La actividad externa puede concretarse en actos jurídicos, en actividad material y en actos de derecho privado.

La actividad interna es aquella que los órganos de la Administración desarrollan en sus recíprocas relaciones internas, motivo por el cual sus efectos se limitan únicamente al seno de la organización, o sea, que no adquieren relevancia jurídica externa, porque no se producen en el marco de relaciones intersubjetivas, sino interorgánicas. Esa actividad

encuentra expresión en actos internos, tales como circulares, instructivos, reglamentos internos, etc., tiende a lograr la mejor organización y buen funcionamiento de la Administración Pública. GALATERIA y STIPO sostienen que la actividad interna puede clasificarse en actividad interna pura o en sentido restringido, y actividad interna indirectamente relevante externamente. La primera se desarrolla en una misma organización administrativa, y carece de relevancia jurídica externa, por ejemplo, cuando se instruye a los órganos subordinados para que reordenen sus archivos sobre la base de ciertos criterios técnicos. Pese a que se predica su carácter casi total de actividad interna, los citados autores se encargan de demostrar que pueden presentarse excepciones, y recurren al siguiente ejemplo. En un hospital siquiátrico mediante una orden de servicio se ordena colocar dispositivos de seguridad en las ventanas para evitar que los enfermos puedan suicidarse lanzándose de los pisos altos. Si debido al incumplimiento del acto interno se suicida uno de los enfermos arrojándose por la ventana, es lógico que dicho incumplimiento tenga relevancia externa, en virtud de que puede imputársele responsabilidad civil tanto a la Administración como a los funcionarios que incumplieron la orden de servicio, y a estos últimos hasta responsabilidad penal, además de la correspondiente responsabilidad disciplinaria.

La actividad indirectamente relevante externamente es aquella que aunque se produce en el seno de la organización (Ministerio, Alcaldía, etc.), puede llegar a incidir indirectamente en eventuales relaciones intersubjetivas, después que es emanado el acto externo, al cual le sirve de sustento o presupuesto. Esta clase de actividades internas se expresa en actos como dictámenes y proposiciones emanados de los órganos consultivos, en los casos en que constituyen los antecedentes o presupuestos del acto externo, sobre los cuales se reflejan los vicios de la ilegalidad de los primeros (ilegalidad derivada). Sin embargo, quien se considere lesionado en sus derechos o intereses por el acto interno (dictamen o proposición) considerado ilegal, carece de legitimación para impugnarlos autónomamente, pero en cambio sí detentará legitima-

ción para intentar la impugnación del acto externo, oportunidad en la que podrá cuestionar también al acto interno que le sirvió de base.

Estimamos que tal cuestionamiento sólo procederá en el caso de que el acto externo sea dictado sin solicitar el dictamen o proposición, o sin esperar la emanación del acto interno, siempre y cuando su requerimiento tenga carácter obligatorio por parte del órgano de administración activa, pues en el caso de que el dictamen haya sido acogido por dicho órgano, se supone que el mismo constituye la motivación básica del acto externo, y al impugnarse éste, carece de sentido impugnar también el acto interno. En estricto rigor es necesario reconocer que aun ante la ausencia del dictamen o proposición en el sentido antes indicado, no existe una impugnación del acto interno, sino del acto externo, porque omitió a aquél. De modo, pues, que pareciera que en ningún caso los actos internos son susceptibles de impugnación, pese a que tengan una relevancia externa indirecta, pues ha quedado demostrado que se subsumen en el correspondiente acto externo.

12.2.2.3. **Actividad de administración activa, consultiva y de control**. La actividad de administración activa es aquella mediante la cual la Administración Pública actúa para el logro de los fines públicos que le asigna la Ley, bien emanando los correspondientes actos o ejecutando los ya dictados, verbigracia un acto expropiatorio o un acto concesorio, o un acto de ejecución forzoso de un proveimiento sancionatorio (decomiso de un alimento en mal estado). La actividad administrativa consultiva es aquella emanada de los órganos consultivos o asesores para los de administración activa, cuyo contenido son dictámenes, proposiciones, directivas, orientaciones, etc. Normalmente el ejercicio de esta actividad, como es lógico, tiene un carácter previo a la actividad administrativa activa, y se realiza a requerimiento de los órganos activos, generalmente porque así lo dispone un esquema normativo. El órgano consultivo más importante de la Administración Pública, como expusimos en el Volumen II, es la Procuraduría General de la República.

La actividad administrativa de control es aquella mediante la cual el órgano competente verifica la conformidad con el ordenamiento jurídico, o con reglas de sana administración, de un acto, una actividad o una actividad material de los órganos de administración activa, a los fines de emanar una decisión, y adoptar o proponer las correspondientes medidas jurídicas. Como expusimos precedentemente la actividad de control puede ser interna o externa. La interna se realiza cuando se interponen los recursos administrativos (de reconsideración, jerárquico y de revisión) y la externa es realizada por los denominados órganos de control fiscal externos (Contraloría General de la República y Contralorías de los Estados y Municipios), mediante el control de legalidad y de gestión.

12.2.3. **Los principios que informan a la actividad administrativa**. Conviene hacer notar que de conformidad con el artículo 141 constitucional, la actuación de la Administración Pública debe estar presidida por los principios de "honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad", con sometimiento pleno a la ley y al derecho. En realidad, los referidos principios están referidos al ejercicio de la **función pública**, por parte de la Administración Pública concebida en sentido subjetivo u orgánico, lo que revela una imprecisión por parte del constituyente, pues en el contexto del referido dispositivo esos principios, para guardar la debida coherencia tanto de técnica, como conceptual, deberían aludir únicamente al **ejercicio de la función administrativa**, que como hemos dichos es una especie de la función pública, puesto que si el aludido precepto constitucional, consagra, a diferencia de la Constitución de 1961, a la Administración Pública como parte del Poder Público, desde luego del Ejecutivo, tenía que concluir estatuyendo que los señalados principios debía aplicarlos, y no podía ser de otra manera, la Administración, en el ejercicio de su función natural, por así decirlo, que no es otra que la **administrativa**, y no la pública, en la cual tienen cabida además la función legislativa y la función judicial, que corresponden en forma "natural" al Poder Legislativo y al Poder Judicial.

Es cierto que todos esos principios, con excepción del de legalidad ahora establecido con una gran amplitud, siguiendo el modelo español, porque vincula a la Administración no sólo a la Ley, sino también al Derecho, constituyen por lo menos una innovación constitucional, aunque algunos de ellos, tales como la celeridad, responsabilidad y rendición de cuentas, están previstos o asomados en leyes como la de Procedimientos Administrativos, la de Administración Pública y la de la Contraloría General de la República. Sin embargo, ahora son aparejados a la actividad administrativa como consecuencia de la concepción de democracia participativa y protagónica trazada en la Constitución, así como de la ampliación de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos. Por consiguiente, es necesario que se examine el alcance de los principios enumerados en el artículo 141 constitucional, erigidos como elementos que condicionan la actividad administrativa, pero sobre todo para que se traduzca en garantías concretas aparejadas a cada uno de ellos, para los ciudadanos.

Para ello es necesario la labor conjunta de la doctrina y la jurisprudencia, de tal manera que construyan lineamientos teóricos y operativos que puedan ser recogidos en la correspondiente normativa, lo que de ninguna manera comporta negar el derecho que tienen los particulares, aun en ausencia de normas en el sentido indicado, a reclamar la aplicación de los mencionados principios en toda actuación de la Administración Pública. No obstante, pese a la cierta urgencia de abordar el tema, por cierto como la gran mayoría de los contemplados en la Constitución, el mismo escapa a los objetivos del presente trabajo, motivo por el cual visto que el principio de legalidad administrativa y la discrecionalidad administrativa fueron estudiados en el Primer Volumen, nos referiremos exclusivamente al denominado principio de autotutela.

12.2.4. **El principio de autotutela administrativa**.

12.2.4.1. **Premisa introductoria (intento de precisión terminológica)**. Es necesario comenzar señalando que en nuestro país existe

una especie de "automatismo conceptual" que se traduce en equiparar, sin ningún tipo de razonamiento a la autotutela administrativa, con la supuesta potestad de la Administración para revisar sus actos, a los fines de revocarlos y anularlos, lo que no deja de traducir una tendencia que apunta hacia la lesión de los derechos subjetivos de los particulares, y consecuentemente hacia la exagerada ampliación de la ya amplia potestad administrativa que detentan los órganos de la Administración Pública. Desde ya dejamos constancia que tal tendencia carece de una verdadera fundamentación doctrinaria, y a lo sumo pudiera, en el mejor de los casos, admitirse que dicha fundamentación es muy parcial.

Quizás contribuye a esa especie de confusión voluntaria o involuntaria, la situación que se desprende de los diversos manuales de Derecho Administrativo, por supuesto la mayoría extranjeros, porque los poquísimos venezolanos sólo contienen un "pasaje rasante" acerca de los términos "ejecutividad", "eficacia", "ejecutoriedad" y ejecutividad. En ese sentido cabe señalar que se suele sostener. a) que ejecutividad y ejecutoriedad son conceptos iguales; b) que la ejecutividad es una modalidad de la eficacia; y c) que existe equivalencia entre la "imperatividad" y la ejecutividad. Ante esta proliferación de términos, consideramos necesario aclarar que tal vez la misma tiene su origen en los diferentes planteamientos de la doctrina extranjera acerca de los mismos.

Así, la mayoría de los autores los estudian como notas características de los actos o proveimientos administrativos, especialmente encuadrados en la denominada **eficacia** del acto administrativo; en cambio, otros los incluyen en la denominada potestad de autotutela de la Administración, sosteniendo al respecto que ni la ejecutividad ni la ejecutoriedad son notas que definan o caractericen a los actos administrativos, sino más bien expresiones concretas de la referida potestad de autotutela, la cual le corresponde a la Administración Pública por formar parte del Poder Público. Reconocemos que le dimos el primer tratamiento (Volumen I), es decir, como características de los actos adminis-

trativos, pero después de examinar la tesis expuesta por GARCÍA DE ENTERRÍA (1998), en su Curso de Derecho Administrativo, acogida en forma casi unánime por la doctrina y la jurisprudencia española, inclusive por la del Tribunal Constitucional, de ese país, pensamos que debe abordarse el estudio de la ejecutividad y la ejecutoriedad administrativa como expresión de la potestad de autotutela de la Administración Pública; y por consiguiente, seguiremos ese modelo en este Volumen, y en definitiva en el Manual.

De todas maneras a los fines de ilustrar un poco acerca del uso de los mencionados conceptos, consideramos conveniente exponer en forma esquemática el tratamiento que le dan la doctrina italiana, francesa y española. Una parte de la primera tiende a equiparar ejecutividad y eficacia, siempre en el tema relativo a los efectos de los proveimientos administrativos. Así D'AGOSTINO (2000) define a la ejecutividad como "la especial idoneidad del acto para ser cumplido en la realidad, de manera de traducir en hechos las consecuencias jurídicas", definición que se corresponde con el concepto de eficacia de los actos administrativos. Otros autores estiman que se trata de una modalidad de la eficacia: "la ejecutividad designa aquella especial situación en la cual se encuentra el acto cuando no existe ningún obstáculo que se interponga a su ejecución. Se trata siempre de eficacia, pero con particular referencia al momento de la ejecución, es decir, al momento que puede ser actuada la pretensión que deriva del acto" (VIRGA, 1995). En el marco de esta tesis doctrinaria sostiene GIANNINI (1970) que la doctrina, después de algunas discusiones, ha terminado por hacer coincidir ejecutividad y eficacia: "dar ejecutividad, tornar ejecutivo y así sucesivamente, son expresiones correspondientes a aquellas de dar eficacia, tornar eficaz".

En cambio, otra parte de la doctrina italiana considera que la ejecutoriedad es un concepto distinto a la ejecutividad, pues alude a los actos administrativos que son ejecutivos, pero que no resultan ejecutables sin la colaboración de los destinatarios, y consiste en la potestad de

la Administración Pública para ejecutar este tipo de actos con su personal y con sus medios, o con el auxilio de terceros, sin necesidad de acudir previamente ante un órgano jurisdiccional. En Italia se discute si la ejecutoriedad es una expresión de la autotutela (GIANNINI, BENVENUTI, CASSESE), o de la presunción de legitimidad (TREVES, BODDA), o del ejercicio de esa misma potestad, en virtud de que los actos que surgen de ella "se imponen inmediatamente a la obediencia de los destinatarios" (VIRGA, ZANOBINI, SANDULLI).

Ha de advertirse que la doctrina italiana utiliza, también vinculado a los efectos de los actos administrativos, el concepto de **imperatividad**, diferenciándolo de los términos anteriores, por cuanto alude a la idoneidad de los actos administrativos para incidir unilateralmente en las situaciones subjetivas de los particulares. La imperatividad, si bien garantiza la prevalencia de los intereses públicos que debe tutelar la Administración por disposición expresa de una norma, no conduce, en criterio de la doctrina italiana, a afirmar que todos los actos administrativos presentan esa característica, pues en aquellos que son favorables a los administrados como las autorizaciones y las concesiones, la voluntad de la Administración no se impone a la de los solicitantes, sino más bien de alguna manera coincide con ella.

La doctrina francesa suele abordar el tema bajo la denominación de **decisión ejecutoria** o **acción de oficio**, la cual deriva del ejercicio de una potestad pública traducida en un acto de la Administración idóneo para modificar unilateralmente las situaciones jurídicas de los particulares. En términos de VEDEL (1980) "Una decisión ejecutoria es un acto jurídico emitido unilateralmente por la Administración con el objeto de modificar el ordenamiento jurídico mediante las obligaciones que impone o por los derechos que confiere". Por supuesto que la decisión ejecutoria, también en el ordenamiento francés, no requiere que su conformidad con el Derecho sea verificada previamente ante un órgano jurisdiccional, en virtud de que goza de una presunción de legitimidad.

De lo antes expuesto puede colegirse que el concepto de "decisión ejecutoria" coincide con el de imperatividad de la doctrina italiana, y el mismo, sin hacer expresa mención a la ejecutividad y a la ejecutoriedad, envuelve ambos principios, puesto que en aquellos casos en que la ejecución requiera la colaboración de los destinatarios y éstos se nieguen a ello, entonces la Administración, utilizando la coerción, puede sustituir a dichos destinatarios, y ejecutar el acto de oficio o forzosamente. No obstante, en Francia la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido condiciones específicas, en aquellos casos en que la ley no la prevea expresamente, para que opere la ejecución de oficio o forzosa de la decisión ejecutoria. En conclusión, de conformidad con la síntesis anterior, pareciera que los principios de ejecutividad y ejecutoriedad están comprendidos en el concepto de **decisión ejecutoria**, y que igualmente la doctrina francesa no pareciera vincular a la referida decisión con la potestad de autotutela.

Como expresamos al principio de este acápite, en España existe coincidencia en la conceptuación de la ejecutividad y la ejecutoriedad como expresiones de la potestad de autotutela, e igualmente la doctrina mayoritaria, así como la jurisprudencia han acogido favorablemente las tesis expuestas al respecto por el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, y debido a que serán esas tesis las que nos servirán de base para desarrollar el concepto de autotutela, estimamos innecesario realizar una síntesis de las mismas.

12.2.4.2. **El fundamento de la potestad de autotutela**. El principio de igualdad constitucional encuentra una clara concreción en las relaciones que se suscitan entre los particulares, imponiéndose como regla general que el estatus jurídico de una persona no puede ser modificado por la voluntad unilateral de otra. Así, por ejemplo, en ese orden de razonamiento un arrendador no puede decidir sin más, desalojar al arrendatario porque está persuadido de que incumple el contrato, al utilizar el inmueble arrendado exclusivamente para vivienda en una casa de juego, o de prostitución, porque ello equivaldría a

hacerse "justicia por su propia mano", conducta actualmente proscrita, e inclusive erigida en delito, en casi todos los ordenamientos jurídicos.

El ejemplo anterior revela que si un ciudadano se considera lesionado en sus derechos, pese a que tenga pruebas fehacientes de la lesión, el ordenamiento contiene una interdicción, para que se tutele esos derechos (autotutela), pues el principio de la paz de la pública o de la normal convivencia o de la paz jurídica, impone que él reclame esa tutela ante el órgano competente (Juez), que será el encargado después de tramitar la correspondiente demanda o recurso conforme al debido proceso, declarar si el arrendador tiene derecho a la resolución del contrato de arrendamiento, y al consiguiente desalojo del inmueble arrendado. Esa decisión, si resulta definitivamente firme, tiene el valor de cosa juzgada, y carácter ejecutorio, razón por la cual el demandado está obligado voluntariamente a cumplir el fallo judicial dentro de un plazo prudencial fijado generalmente en la correspondiente ley adjetiva.

Sin embargo, el demandado perdedor puede perfectamente negarse a cumplir la sentencia, y pese al carácter ejecutorio de la misma, el demandante vencedor está impedido de desalojar por sus propios medios al arrendatario (ejecutar el fallo). Para ello deberá solicitar al Tribunal la **ejecución forzosa,** que puede comportar inclusive el auxilio de la fuerza pública. De manera pues, que únicamente recabando la intervención de los órganos jurisdiccionales podrá lograr legítimamente la tutela de su pretensión, esto es, el desalojo y la entrega de la vivienda arrendada.

Toda la exposición anterior viene al caso para demostrar que el principio de la paz jurídica, indispensable para el funcionamiento de toda sociedad, impone que la tutela de los derechos de los ciudadanos, cualesquiera que éstos sean, necesariamente debe estar atribuida a los órganos integrantes del Poder Judicial, y al mismo tiempo la proscripción de la autotutela privada, salvo las excepciones expresamente tipificadas en la Ley.

Nos sirve también la referida exposición para poner en evidencia que ese principio de la paz pública jurídica, sufre una ostensible ruptura, cuando la Administración en ejercicio de las competencias que le confiere el ordenamiento actúa en procura del cuidado de intereses públicos. En efecto, la intermediación indispensable que debe cumplirse ante los jueces para lograr la modificación, creación o extinción de situaciones a los particulares, no es requerida a la Administración Pública, debido a que la actuación que realiza se equipara –en su esfera de competencia– a la desarrollada por los órganos jurisdiccionales, razón por la cual el acto que emana, así como la sentencia, tiene carácter de cosa juzgada, tiene carácter de "cosa decidida", y por consiguiente es ejecutorio, o sea, que es una declaración indiscutible en el ámbito administrativo y de cumplimiento obligatorio por sus destinatarios. E igualmente en los casos que se requiera la colaboración de esos destinatarios para la ejecución y éstos se resistan pasivamente (negativa a cumplirlo), el acto es susceptible de ser ejecutado forzosamente, sin requerimiento del concurso judicial, por la propia Administración.

En suma, si los particulares para lograr la tutela de sus pretensiones mediante la constitución, modificación o extinción de determinadas situaciones jurídicas, requieren la intervención de los Tribunales, la regla se invierte en el caso de la Administración Pública, quien se encarga de tutelar sus pretensiones, sin necesidad de acudir a ningún órgano judicial, lo que lógicamente constituye una verdadera tutela; de allí entonces la denominación de **autotutela**, revelándose de esa manera una significativa diferencia jurídica de las posiciones de la Administración Pública y de los particulares frente a los órganos de administración de justicia, pues la referida posición de los particulares muestra un desbalance frente a esos órganos, que los constriñe a solicitar su intervención para obtener la tutela de sus pretensiones; en cambio, la de la Administración muestra en un primer, pero importante momento (referido al procedimiento constitutivo y de revisión del acto), una especie de relación de paridad con los Tribunales, razón por la cual se excluye su intervención en la tutela de sus pretensiones.

12.2.4.3. **Síntesis del planteamiento de carácter histórico concerniente a la autotutela formulado por García de Enterría**. Es preciso dejar sentado previamente que pese a que el autor mencionado, quizás por razones didácticas hace un estudio de la posición de la Administración frente a la justicia durante el denominado período de las monarquías absolutas (absolutismo), estableciendo una especie de paralelismo con la posición actual de la Administración frente al Poder Judicial, se cuida de dejar sentado que esa situación de ninguna manera puede considerarse como el fundamento de la potestad de autotutela. Ahora bien, la tesis del aludido autor derivada del examen de los antecedentes históricos puede resumirse al máximo así: Durante el período absolutista (finales del siglo XV y finales del siglo XVIII), se produce, como se sabe una concentración de poderes en la persona del Rey o Monarca, de tal manera que el origen y fundamento de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial pasa a residir en el Rey, en virtud de ser el titular de la soberanía, y de derivar su poder de Dios (Poder divino de los reyes).

Como es posible imaginarse tornar operativo el ejercicio de esa totalidad de funciones, máxime si se tiene en cuenta que ya para la fecha se habían creado los denominados Estados Nacionales, sustituyendo de esa manera el régimen feudal, requería que el monarca distribuyese, mediante la figura de los delegatarios tanto funcional como territorialmente esas funciones. Por tal razón recurrió a la figura de la delegación y de los delegados. Estos últimos ejercían a la vez las funciones de justicia (especie de Tribunales), y funciones gubernativas o administrativas, sobre todo cuando la Administración crece como consecuencia del advenimiento del sistema económico denominado mercantilismo.

Planteada así la situación, cabe observar que los delegados que ejercían funciones judiciales y gubernativas o administrativas tenían la misma fuente, diferenciándose su actuación por la naturaleza de las materias de su competencia, y por el tipo de procedimiento que utilizan para tramitar los asuntos que conocen. Precisamente el hecho de que el

régimen esté sustentado en la concentración de poderes en el Monarca, conducía a sostener que carecía de sentido que los actos de la Administración, emanados desde luego de delegados del Rey, para poder cumplirse tuvieran que someterse a la jurisdicción de los mismos delegados del Monarca encargados de ejercer la función judicial. GARCÍA DE ENTERRÍA (1998) plantea esa conclusión así: "El fundamento de estas reglas parece obvio: **Administración y Justicia son las dos meras emanaciones de un mismo sujeto, el Monarca; son manifestaciones del mismo poder, con idéntico rango y fuerza**. No tendría sentido por ello que la Administración regia estuviese sometida a los Tribunales regios como cualquier sujeto particular".

Por supuesto que esa situación de la Administración regia sólo es explicable si se tiene en cuenta además de las variables antes señaladas, la desvinculación del Monarca a la Ley (inexistencia del principio de legalidad). Como consecuencia de la paridad entre Administración y Justicia que rige en el régimen de las Monarquías Absolutas, también se impone el principio –denominado hoy – de ejecutoriedad de las decisiones de la Administración, como decía una Ley de la época "sin embargo, de apelación o recurso", así como la prohibición de los jueces de interferir en las actuaciones administrativas.

La síntesis de la tesis expuesta por García de Enterría, evidencia que durante el mencionado período de las Monarquías Absolutas, la Administración no requería la intervención de los Tribunales para la tutela de sus pretensiones y derechos, disfrutando del privilegio de actuar jurídicamente para lograr su propia tutela, la cual se extendía a la ejecución forzosa de sus actos. Al respecto concluye afirmando el citado autor: "No hay, por ello, razón de que aquélla se someta a éstos; sus respectivas decisiones, a través de esa identidad de origen y de la unidad indivisible de la soberanía personalizada en el Monarca, de quien una y otros son igualmente delegados, han de tener, por consiguiente, idéntico y rango y validez".

Con el advenimiento de la Revolución Francesa, la terminación del Estado Absoluto, y el nacimiento del Estado de Derecho, ha de destacarse que la posición que detentaba la Administración frente a la Justicia en el antiguo régimen, por otras razones, se mantiene casi inalterada, pues debemos recordar, como expusimos en el Volumen I, que los revolucionarios triunfantes mediante una especial y paradójica interpretación del principio de separación de poderes que había servido de base política de la Revolución, sancionaron la Ley 16-24-1790, mediante la cual separaron a la Administración de la Jurisdicción, y prohibieron la interferencia de los jueces en la actuación de los órganos administrativos, excluyendo de esa manera hasta el último tercio del siglo XIX el juzgamiento de la Administración por los Tribunales, erigiendo así un sistema de autojusticia administrativa; y en consecuencia, manteniendo el privilegio de la autotulela en la Administración.

Es necesario reconocer que la separación de la Administración y la Jurisdicción consagrada por los constituyentes franceses de finales del siglo XVIII, no hace más que preservar los grandes poderes que la Administración detentaba durante el período absolutista, esencialmente su inmunidad jurisdiccional, independientemente de los argumentos que se esgrimieron en ese momento para asumir esa posición, tales como el temor a los "parlamentos" (tribunales) estamentales, dado el papel que habían jugado éstos en la caída del antiguo régimen, así como la tesis atinente a que la "Administración democrática se legitimaba con el pueblo", haciéndola de esa manera tan independiente o imparcial como los Tribunales y el Parlamento. Esta situación duró en Francia hasta 1872, cuando el Consejo de Estado se convierte en órgano jurisdiccional (justicia delegada).

Desde luego, que si estructuralmente el referido privilegio era similar al que va a detentar la Administración a partir de la Revolución Francesa, conceptual y filosóficamente era totalmente diferente, debido a la vigencia del principio de legalidad, que conduce a la autovinculación del Estado por sus propias disposiciones normativas, pero sobre todo al

juzgamiento o mejor autojuzgamiento (inexistente e impensable durante el absolutismo), de los actos de la administración que resulten violatorios de la Ley.

En cambio, si esa fue la tesis que predominó en el Continente no ocurrió lo mimo en Gran Bretaña, pues a partir del siglo XVII se van a producir en Inglaterra una serie de sucesos políticos, los cuales van a ser una continuación o evolución de las luchas estamentales que tal vez encuentran su primera concreción en el pacto denominado "Carta Magna" de 1215. Pues bien, a partir del referido siglo XVII el Juez Coke reivindica al Common law frente a los tribunales de prerrogativa del Rey. Su tesis consiste en colocar al Common law como fundamento del sistema constitucional inglés, caracterizado como un derecho histórico, más que racional, lo que en su criterio conducía a sostener que el Estado estaba formado principalmente por Tribunales, siendo el Parlamento también un Tribunal, cuyas decisiones debían estar sujetas al common law. Pero como sostiene GARCÍA PELAYO (1967) "…tal punto de vista no podrá prevalecer, mas, con todo, merece destacarlo porque ha informado uno de los principios fundamentales del sistema constitucional inglés: **el rule of law**".

Son hechos relevantes en el siglo XVII, enumerados por el antes citado autor, que conducen a una ruptura del absolutismo, tal como aparecía concebido para la fecha en el Continente Europeo la "Petición of Rights" de 1628; la abolición de la Cámara Estrellada en 1641, la sumisión de los Ministros del rey, a juicio por parte del Parlamento (1641), la declaración de la Commowealth en 1649; la restauración en 1660, y la "Gloriosa Revolución" de 1688. Todos estos acontecimientos conducen finalmente a la consagración y perfeccionamiento del sistema parlamentario, en el cual el derecho va a jugar un papel relevante en el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos, y sobre todo en la vinculación del Rey al Derecho, pues con la mencionada "Gloriosa Revolución" se extinguen los últimos vestigios del "derecho divino de los reyes".

Esa proscripción del absolutismo en Inglaterra desde el mismo siglo XVII –en el marco de los señalados acontecimientos, todos o casi todos obedecen a encarnizadas luchas políticas y hasta guerras, entre el Parlamento o los partidarios del Partido del Parlamento y la Monarquía– conduce a que la posición de la Administración sea diametralmente opuesta a la que ostenta en los países del Continente. En efecto, esa diferencia radica en que carece de la potestad para tutelarse sus propias pretensiones y derechos, para lo cual requiere al igual que los particulares solicitar la intervención de los Tribunales. En otros términos, la Administración Inglesa no es un Poder Público autosuficiente en el ejercicio de sus funciones. Explica GARCÍA DE ENTERRÍA (1998), la situación en los siguientes términos: "El acto administrativo como tal no se beneficia de ninguna ejecutoriedad en el sentido que hemos expuesto, simplemente quien no lo cumplimenta puede ser inculpado ante el juez penal por la autoridad que lo hace valer. Pero, y aquí está lo sustancial del sistema, en ese proceso penal podrá excepcionar sin limitaciones sobre la validez, formal y de fondo del acto administrativo, de modo que si justifica ser un acto ilegal será absuelto y su resistencia, así legitimada"

En otras palabras, desde el momento en que la Administración requiere el concurso del Juez para lograr el cumplimiento del acto, el mismo no es ejecutorio en los términos del Derecho Continental, pues corresponderá al Tribunal determinar si la resistencia, que inclusive puede ser activa, desplegada por el destinatario es ajustada a derecho o no. En el primer caso, si constata que la Administración al dictar el acto incurrió en violaciones de la Ley que le sirve de fundamento, protegerá al ciudadano y en consecuencia legitimará su resistencia al cumplimiento; en el segundo caso, si constata que efectivamente la actuación administrativa está ajustada a la norma correspondiente, entonces sancionará al destinatario, por incumplimiento del acto, y en definitiva por incumplimiento de la Ley. Queda claro entonces que la Administración Pública de Gran Bretaña no está facultada para dictar actos ejecutorios.

Por otra parte, tampoco detenta poderes para ejecutar forzosamente sus actos (ejecutoriedad), correspondiendo igualmente solicitar el auxilio de los Tribunales, quienes pueden inclusive llegar en situaciones extremas a decretar la detención indefinida, o mejor hasta que se cumpla el acto administrativo, del ciudadano que se niega cumplirlo. Esa sigue siendo la tesis imperante en Gran Bretaña, y en general en todos los países anglosajones; no obstante, debe reconocerse que en la actualidad en los países anglosajones, sobre todo Estados Unidos de Norteamérica y Gran Bretaña, la actuación de algunos órganos administrativos tiende aproximarse, sin desnaturalizar los grandes principios del common law, a la que realizan los órganos de los países del sistema continental, acudiendo con tal finalidad a una especie de judicialización de la referida actuación, porque esa especial clase de órganos utiliza un procedimiento para la adopción de sus actos similar al jurisdiccional; de allí que suele señalarse que esos órganos cabalgan entre lo administrativo y lo jurisdiccional, y dictan actos cuasijurisdiccionales, expresión que por cierto ha sido trasplantada en Venezuela, descontextualizándola de alguna manera.

En todo caso lo importante de destacar es que actualmente los actos dictados por los referidos órganos especiales, denominados por cierto en Gran Bretaña "tribunales administrativos", sin ser –se insiste– verdaderos tribunales, se aproximan a los actos ejecutorios propios de la potestad de autotutela de la Administración Pública continental. Quedan así reflejados en forma muy sucinta los que podrían ser los antecedentes históricos en el continente europeo, de lo que hoy se conoce en algunos países como potestad de autotutela, y al mismo tiempo la posición contraria de la Administración frente a la Justicia, derivada también de los antecedentes históricos en Inglaterra.

12.2.4.4. **Examen de la potestad de autotutela**.

12.2.4.4.1. **Autotutela y privilegios de la Administración del antiguo régimen.** Reiteramos que el Profesor García de Enterría deja

bien claro que no es posible plantear en la actualidad una equivalencia entre los privilegios que detentaba la Administración regia durante el período de las Monarquías absolutas con la potestad de autotutela de la Administración Pública, pese a que estructuralmente, en cuanto a la posición frente a la justicia, sigue siendo similar, pero desde luego en un contexto totalmente diferente. Baste en tal sentido recordar que en el referido período esa posición de la Administración obedecía a la concentración de poderes en el Monarca, que era la fuente única tanto de la Justicia como de la Administración, y que posteriormente con el advenimiento del Estado de Derecho, el cual a pesar de estar sustentado en el principio de separación de poderes, funcionó por razones históricas y coyunturales concernientes al proceso de la Revolución Francesa, bajo el dogma de la "separación de la Justicia y la Administración", manteniéndose en los hechos los privilegios que detentaba la Administración en el antiguo régimen.

El razonamiento anterior conduce también a soslayar cualquier tesis que pretendiese sostener que la actual potestad de autotutela no es más que un trasplante histórico de los referidos privilegios de la Administración regia. De todas maneras no es posible obviar en la construcción del concepto de autotutela las que sin dudas pueden ser consideradas expresiones históricas del mismo, –insistimos– en otro contexto, pero inscritas, en primer lugar, en el marco de los sistemas constitucionales que van a regir a la Europa Continental a partir de la Revolución Francesa; en segundo lugar, el nacimiento de una nueva rama del derecho, como lo es el Derecho Administrativo, en cuya creación va a tener una influencia fundamental el Consejo de Estado Francés, tanto en la etapa de la justicia retenida como en la etapa de la justicia delegada, sobre todo a partir de esta última, dado que la construcción del recurso de exceso de poder, partió de la base de considerar esa nueva jurisdicción como revisora, –por supuesto que eso obedecía a la separación originaria entre Administración y Justicia–, razón por la cual sólo eran impugnables las actuaciones de la Administración, una vez que se concretaban en actos, nunca antes, caracterizados precisamente por su carácter ejecutorio.

Por otro lado, ha de advertirse que contribuyó en mucho al perfeccionamiento conceptual de la autotutela, la elaboración casi magistral por parte de la doctrina italiana (ROMANO) del perfil de la potestad pública, pues al fin y al cabo, la autotutela de la Administración únicamente es explicable a partir del concepto de potestad, es decir, una situación de poder con un objeto y contenidos genéricos, que da lugar a un estado de sujeción por parte de los particulares, cuyo origen se encuentra exclusivamente en una norma jurídica. Lógicamente, contribuye al perfeccionamiento de la institución de la autotutela administrativa, la consagración en las Constituciones después de la Segunda Guerra Mundial, así como su examen por parte de la doctrina y de la jurisprudencia del derecho a la tutela judicial efectiva.

Pues bien, cuando se examina la posición de la Administración Pública frente a la Justicia, en el marco de todos los principios conceptuales e instituciones antes mencionados, es posible formular la tesis relativa al poder que detenta la Administración, como tutora del interés general, para tutelarse sus derechos y pretensiones, pudiendo dicha tutela comportar la modificación, constitución o extinción unilateral de situaciones jurídicas de los particulares, sin que para ello sea necesario, a diferencia de lo que ocurre con los otros sujetos del ordenamiento jurídico, solicitar la intervención de los órganos del Poder Judicial; de allí entonces la expresión felizmente acuñada por la doctrina de autotutela, pues de eso se trata precisamente: de que la Administración se tutele sus propias situaciones jurídicas.

12.2.4.4.2. **Los atributos de la potestad de autotutela administrativa.**

12.2.4.4.2.1. **La ejecutividad o autotutela declarativa**. Es necesario comenzar dejando constancia que en el marco de la tesis que postula la existencia de una potestad de autotutela de la Administración Pública, la ejecutividad y la ejecutoriedad que algunos autores señalan como notas características de los actos administrativos, y más concreta-

mente de la eficacia de éstos, son más bien expresiones o atributos de la referida autotutela administrativa. En otros términos, en esta perspectiva conceptual resultaría incorrecto considerar a la ejecutividad y a la ejecutoriedad como características autónomas de los actos administrativos, porque si bien ciertamente ellas acompañan a los proveimientos administrativos, lo hacen en tanto en cuanto revelan la existencia de la referida potestad, esto es, la especial posición en que se coloca la Administración frente a la Justicia, en la protección de sus propias situaciones jurídicas.

No obstante, es menester enfatizar que ello no significa la interdicción del manejo de estas categorías conceptuales, tanto desde el punto de vista forense, como académico, como ha venido ocurriendo hasta ahora, vinculándolas a los efectos de los actos administrativos, pero siempre que se tenga presente que ellas constituyen los atributos o elementos esenciales en que se desagrega la potestad de autotutela administrativa. Por supuesto que esa es la posición que asumimos en esta obra, sin pretensiones de descalificar cualquier tesis que apunte hacia la señalada dirección (atributos de los actos administrativos).

Pues bien, la ejecutividad o autotutela declarativa consiste en la declaración emanada de la Administración Pública con la finalidad de tutelar su propia situación jurídica, a los fines de cuidar el interés público que le ha sido asignado por la Ley, mediante la cual puede modificar, constituir o extinguir las situaciones jurídicas de los particulares sin necesidad del concurso de los órganos jurisdiccionales. Es precisamente esa particularidad la que origina su carácter ejecutorio, propio de las declaraciones provenientes de los Tribunales; de allí que cuando la decisión agota la vía administrativa, bien porque emane de la máxima autoridad de la organización administrativa, o porque de conformidad con la Ley sea expresión del ejercicio de una competencia excluyente conferida a una autoridad distinta a la máxima, tenga el valor de "cosa decidida administrativa", como lo denomina la doctrina francesa, para intentar establecer una especie de paralelismo con la

cosa juzgada judicial, el cual resulta cierto únicamente desde una perspectiva didáctica, debe considerarse que tiene carácter ejecutivo.

La “decisión ejecutoria”, también en términos de la doctrina francesa, tiene su fundamento en la denominada presunción de legalidad, que es precisamente la que permite convertirla en obligatoria para sus destinatarios, sin necesidad –insistimos– de la intervención de los Tribunales. Y esta es la nota que en el contexto del marco teórico antes expuesto, permite equiparar a la Administración a la Justicia, y que particulariza la esencia de la autotutela administrativa.

La mencionada presunción de legalidad implica postular en términos generales que todo acto administrativo ha sido dictado ajustándose a las correspondientes normas jurídicas. O sea, que por obra de la Ley se presume que existe una compatibilidad sustantiva y adjetiva del acto tanto con la norma atributiva de competencia, como con la que fija los requisitos de validez y perfeccionamiento de la decisión.

Por supuesto que esa presunción tiene un carácter “iuris tantum”, pues de lo contrario evidenciaría una clara infracción a los derechos constitucionales a la presunción de inocencia, y de la tutela judicial efectiva, cuya violación ha sido discutida doctrinaria y jurisprudencialmente, inclusive teniendo en cuenta el referido carácter “iuris tantum” de la presunción. Lo cierto es que la presunción bajo examen, pese a sus eventuales cuestionamientos, está fuertemente sustentada en el indiscutible carácter servicial de la Administración Pública, consagrado en las propias Cartas Constitucionales, verbigracia 103.1 de la española y 141 de la venezolana, que encuentra desarrollo en las leyes mediante las cuales se les asigna a los correspondientes entes u órganos sus respectivas competencias (Art. 137 de la Constitución de 1999, y 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública). Por tanto, se impone la inmediatez de la ejecución de las decisiones dictadas por la Administración para cuidar el interés público, pues es fácil imaginarse que carecería de sentido que el Ministerio de la Salud y Desarrollo Social

dictara un acto de decomiso de un alimento en mal estado, y tuviera que solicitarse su homologación al Poder Judicial, y mientras tanto dicho alimento continuara vendiéndose a la comunidad.

De allí pues, que estrechamente vinculado con la presunción de legalidad del acto aparezca la obligación inmediata de su cumplimiento, pero a la vez es necesario dejar bien claro, como expusimos precedentemente cuando nos referimos a la expresión "cosa decidida administrativa", que en estricta puridad jurídica, ni aun en el caso de que sea dictado por la máxima autoridad del órgano o del ente, según el caso, puede considerarse que está dotado del valor de la cosa juzgada administrativa, en virtud que por definición ese acto es susceptible de impugnación por los interesados, con la finalidad de lograr desvirtuar la enunciada presunción de legalidad. Es cierto que obtener ese fin comporta una carga para el particular, en razón de que necesariamente deberá interponer el recurso previsto en el ordenamiento, sin que a diferencia de lo que ocurre con la apelación en materia judicial, la presentación del aludido recurso pueda ostentar efecto suspensivo.

Dicho de otra manera, la ejecutividad del acto administrativo comporta su ejecución inmediata, sin que constituya, en principio, ningún obstáculo para ello, la interposición del recurso contencioso administrativo tendiente a lograr su nulidad, lo que comporta desvirtuar su presunción de legalidad. Así por ejemplo, si se le impone la sanción destitución a un funcionario público, inmediatamente se produce la ruptura del vínculo de servicio con la Administración, aun cuando el interesado haya interpuesto la correspondiente demanda o recurso de nulidad. Es cierto que los ordenamientos suelen contemplar en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva que los Tribunales competentes excepcionalmente puedan de manera cautelar suspender los efectos del acto, sobre todo en aquellos casos en que resulte evidente que el acto cause un gravamen al administrado que no pueda ser reparado por la decisión definitiva, en caso de resultar vencedor en el juicio.

Es importante hacer notar, como acertadamente lo señala GARCÍA DE ENTERRÍA, a los fines de evitar cualquier error, que ciertamente la presunción de legalidad de los actos administrativos, impone una carga al interesado, la cual consiste en que éste necesariamente debe plantear el recurso contencioso administrativo, si pretende desvirtuar dicha presunción, y por tanto lograr demostrar que el acto carece de validez. O sea, que sin la interposición del recurso dentro del lapso de caducidad, no es posible cuestionar válidamente a la aludida presunción. Pero hasta allí llega la carga en términos procesales, sin poder extenderla al período probatorio, pues la doctrina admite en términos generales que la carga de la prueba corresponde a la Administración autora del acto.

Este postulado se convierte casi en un dogma en el caso de los actos sancionatorios, y en el mismo entra a jugar un papel relevante el derecho a la presunción de inocencia, recogido ahora expresamente en el artículo 49, numeral 2 de la Constitución de 1999, el cual reza que toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. En ese sentido resulta emblemática una sentencia del Tribunal Constitucional Español del año 1990 reseñada por el autor español antes citado, que consideramos conveniente transcribir parcialmente: "el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargos o incriminadores de la conducta reprochada, **que la carga de la prueba corresponde a quien acusa**, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia y que cualquier insuficiencia de las pruebas practicadas, libremente valoradas por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio".

Queda claro entonces, en primer lugar, que la carga está limitada a la interposición del recurso, en segundo lugar, que en principio corresponde aportar las pruebas que sirven de base al proveimiento, a la Administración de donde emana; y en tercer lugar, que en caso de que se trate de un acto sancionatorio, entonces

bastará al interesado imputarle las irregularidades que estime convenientes, tocándole a la Administración probar los hechos incriminatorios (carga de la prueba), lo que por supuesto no obsta para que el incriminado en el diseño de su estrategia procesal pueda promover y evacuar las pruebas que le favorezcan.

Finalmente, cabe señalar que la presunción de legalidad del acto administrativo, bajo examen, en algunos ordenamientos aparece recogida de manera expresa. Así por ejemplo, el artículo 57.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, prescribe en ese orden de ideas "Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo **se presumirán válidos** y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa". Sin embargo, la inexistencia de una norma tan clara como la transcrita en un ordenamiento, dada la sólida fundamentación, así como el consenso doctrinario y jurisprudencial, que predomina acerca de esta presunción, no autoriza a negar su vigencia, así como las consecuencias de la misma, antes enunciadas.

Debemos añadir que algunos actos administrativos no resultan susceptibles de ejecución, por detentar un carácter meramente instrumental, verbigracia los emanados de los órganos consultivos (dictámenes y propuestas). Así mismo existen otros que tampoco requieren de ejecución, debido a que son por su naturaleza autoejecutivos, y producen sus efectos en sentido negativo sobre los particulares, en forma inmediata. Son ejemplos de los mismos los actos que niegan una autorización, una concesión o una admisión. En todo caso estos últimos, que a diferencia de los primeros mencionados, al originar una relación jurídico administrativa, sí presentan la cualidad de ejecutividad, o dicho de otra manera, son expresión de la autotutela declarativa.

12.2.4.4.2.2. **La ejecutoriedad o autotutela ejecutiva**. La emanación del acto con las características antes señaladas por parte de

la Administración, como hemos dicho, constituye la expresión de autotutela declarativa, y comporta para el destinatario la obligatoriedad de su cumplimiento, por ejemplo, cuando la Administración Municipal ordena al propietario la demolición de un piso de un edificio por haber sido construido sin obtener la debida autorización. No obstante el particular puede darle cumplimiento a la decisión, o negarse a hacerlo (resistencia pasiva). Es precisamente frente a esa conducta de incumplimiento, cuando se manifiesta la autotutela ejecutiva, que consiste en la facultad que detenta la Administración para ejecutar el acto acudiendo a la coacción, bien con sus propios medios, o con la colaboración de terceros, debiendo el obligado remiso pagar los gastos que origine el proceso (ejecución forzosa).

Esta actuación no requiere la intervención ni la homologación judicial, y es precisamente allí donde se manifiesta la potestad de autotutela, y la posición privilegiada de la Administración frente a la Justicia, pues debemos recordar que en el caso de una sentencia definitivamente firme (ejecutoria), cuando no es cumplida voluntariamente por el obligado, requiere que el órgano judicial decrete su ejecución para poder ser llevada a cabo, mediante la coacción, dicha ejecución.

En otros términos, esa omisión legitimada normativamente, de la falta de solicitud de ejecución del acto, para que pueda ser ejecutado coactivamente por la Administración es la expresión contundente –en el marco de la tesis doctrinaria que venimos examinando– de la autotutela ejecutiva. Inclusive se puede afirmar que se diferencia de la tutela ejecutiva judicial, en que ésta procede cuando la sentencia es ejecutoria, o sea, definitivamente firme. En cambio, la primera opera cuando el proveimiento es definitivo aunque no haya agotado la vía administrativa, es decir, que no reviste la cualidad de "definitividad" en sede administrativa, pues como hemos dicho, la interposición del correspondiente recurso administrativo, salvo disposición expresa de la Ley, no afecta al proceso de ejecución llevado a cabo por los órganos administrativos.

Hay que insistir en que esta modalidad de la autotutela ejecutiva se traduce en la posibilidad para la Administración de ejecutar coactivamente la decisión, aun contra la resistencia del particular, quien está obligado a soportar dicha ejecución. Al respecto conviene señalar que no resulta admisible una resistencia activa por parte de éste, verbigracia oposición violenta a la requisición de determinado bien mueble, pues esa conducta constituye un delito o una falta en la mayoría de los ordenamientos. En cambio, se admite una resistencia pasiva por parte del ciudadano, la cual se configura cuando no da cumplimiento o no ejecuta voluntariamente el acto administrativo que le impone una obligación o gravamen, sin que tal resistencia sea objeto de sanción penal.

Ha de subrayarse que hasta tiempos recientes en la mayoría de los ordenamientos imperaba la tesis de que la autotutela ejecutiva tenía un carácter general, esto es, que la Administración podía por sus propios medios, o con la colaboración de terceros, lógicamente sin el concurso de los Tribunales, ejecutar todos los actos administrativos que resultasen susceptibles de ejecución. Esa regla que continúa siendo válida en varios países, ha comenzado a ser modificada en el sentido de condicionar la validez de la autotutela ejecutiva a su previsión en forma expresa en una norma jurídica.

Ahora bien, esa previsión puede tener un carácter general como ocurre en España que en el artículo 95 de la LRJPAC, que prescribe "Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales", o puede tener un carácter particular en el sentido de consagrar la potestad a la Administración exclusivamente para un número limitado de actos, o porque es delineada como una modalidad subsidiaria de ejecución de los actos administrativos. Independientemente de que la consagración sea general, como en el caso de España, o particular, en cualquiera de las dos modalidades

indicadas, como en el caso de países como Italia, Francia y Argentina, lo que sí pareciera una tendencia en la actualidad es que la ejecutoriedad o autotutela ejecutiva debe estar prevista normativamente, no bastando en consecuencia para invocarla o aplicarla por la parte de la Administración, cualquier práctica o costumbre en ese sentido.

Por otro lado, es necesario advertir que se inscribe dentro de la potestad de autotutela la necesidad del agotamiento de la vía administrativa para poder cuestionar ante los órganos jurisdiccionales la presunción de legalidad del acto administrativo. O sea, que se impone al interesado la carga de ejercer el recurso administrativo correspondiente, generalmente el jerárquico, dentro de un lapso de caducidad muy breve, so pena de que el acto se torne inimpugnable, en virtud de que el referido agotamiento pasa a ser considerado como un requisito de admisibilidad del recurso contencioso administrativo. Afortunadamente la tendencia imperante actualmente en casi todos los ordenamientos es a establecer el agotamiento de la vía administrativa con carácter opcional, de tal manera que corresponderá al particular optar impugnar en sede administrativa, y dependiendo del resultado recurrir en sede contencioso administrativa, o sencillamente interponer directamente el recurso contencioso, obviando el administrativo.

Igualmente conviene señalar que la doctrina consideraba la figura del "solve et repete" (paga y después repite) en materia tributaria como una expresión de la potestad-privilegio de la autotutela; no obstante, la norma que la consagraba ha sido suprimida, bien por derogación o por anulación judicial, en la casi totalidad de los países, por considerar que colidía con los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia.

Ha planteado una parte de la doctrina española (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1998), que el ejercicio de la potestad autotutela en el caso de los actos sancionatorios, que comporta una carga para el particular sancionado de interponer el recurso con la finalidad de lograr la nulidad

de la sanción, el cual como hemos dicho generalmente no tiene carácter suspensivo, constituye una violación al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución de ese país. No obstante, pese a que a nivel jurisprudencial se ha intentado discriminar entre los actos sancionatorios originados en una relación especial de supremacía del ciudadano con la Administración y aquellos originados en una relación de supremacía general de los ciudadanos con el Estado, se ha impuesto la tendencia a considerar que la potestad de autotutela expresada con relación a dichos actos sancionatorios, sobre todo los derivados de la mencionada relación de supremacía especial, no denota en realidad una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. En ese sentido se pronunció el Tribunal Constitucional Español en sentencia del 6 de junio de 1984 –citada por García de Enterría– cuando asentó: "La ejecutividad de los actos sancionadores no es algo indefectiblemente contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, –el cual– se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste con la información y contradicción que resulte menester resuelva sobre la suspensión".

Quizás el término abuso sea un tanto exagerado para calificar en los actuales momentos el ejercicio de la potestad de autotutela en materia de actos sancionatorios, sobre todo de aquellos que tienen su origen en una relación de supremacía especial entre la Administración y el administrado (funcionario público, militar, estudiante, etc.), ya que es bien sabido que precisamente porque se conoce la complejidad y delicadeza que envuelve la potestad sancionatoria de la Administración Pública por tocar de alguna manera, la más de las veces, derechos fundamentales, inclusive en las propias Constituciones se han establecido parámetros que garanticen esos derechos de los ciudadanos; de allí que prácticamente se haya calcado el modelo de la potestad punitiva del Estado, al exigir concurrentemente una "lex certa" una "lex scripta" y una "lex previa" para que la Administración pueda ejercer válidamente la referida potestad.

Por otro lado, el procedimiento mediante el cual se viabiliza el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración está fuertemente fundamentado en el respeto al principio al debido proceso. Por tanto, cuando la Administración Pública siempre orientada por la tutela de un interés público impone una sanción a un particular, además de que su actuación está revestida de la presunción de legalidad, en casi todos los ordenamientos se consagran disposiciones normativas expresas y concretas destinadas a garantizar los derechos constitucionales antes enunciados. De allí que no constituya una heterodoxia el carácter ejecutorio de los actos sancionatorios, máxime si se tiene en cuenta, como lo asienta el Tribunal Constitucional Español en la sentencia transcrita parcialmente, que siempre podrá el Tribunal ante el cual se impugne el acto, valorar la situación, visto el expediente administrativo, y acordar la medida cautelar de suspensión de los efectos.

12.2.4.5. **La potestad de autotutela administrativa en el ordenamiento jurídico venezolano**.

12.2.4.5.1. **Premisa introductoria**. El examen tanto de la doctrina como de la jurisprudencia nacionales, revelan la casi inexistencia de un planteamiento teórico sobre la potestad de autotutela de la Administración Pública, pues los pocos enfoques doctrinarios están referidos esencialmente a la ejecutividad y la ejecutoriedad, como atributos o condiciones de eficacia de los actos administrativos. No obstante, es necesario hacer notar que últimamente pareciera imponerse una tendencia en varios órganos de la Administración Pública a invocar sin más a la potestad de autotutela como fundamento de actos revocatorios o anulatorios, que suelen emanar bien de oficio o a solicitud de los interesados.

Desde luego, que en un ordenamiento en el cual dicha potestad no encuentra asiento doctrinario ni jurisprudencial, ni normativo, tal invocación puede llegar a convertirse en una especie de burladero de situaciones jurídicas consolidadas de determinados administrados, máxi-

me si se tiene en cuenta que no sólo en Venezuela, por las razones antes expuestas, sino inclusive en el Derecho Comparado, no resulta nada claro que la revocatoria y el reconocimiento de la nulidad absoluta de los actos administrativos sean expresiones de la potestad de autotutela. Por consiguiente, siguiendo el marco conceptual antes expuesto para identificar a la referida potestad (posición de la Administración con relación en el proceso de tutela de sus propias situaciones jurídicas), sólo nos limitaremos a examinar la ejecutividad y la ejecutoriedad conceptuadas como expresiones de la potestad de autotutela.

12.2.4.5.2. **La ejecutividad o autotutela declarativa.** Insistimos en que tanto doctrinaria como jurisprudencialmente no existe en Venezuela, o mejor, no conocemos en Venezuela ningún ensayo destinado a estudiar la autotutela como una potestad de la Administración Pública, y a la ejecutividad y a la ejecutoriedad de los actos administrativos, como expresiones de la misma, pues la casi totalidad de los autores parecen participar de la tesis que postula que ellas son notas o cualidades esenciales de los proveimientos administrativos, vinculándolas a la eficacia de los mismos. En esa línea doctrinaria es posible ubicar a BREWER (1964), a RONDÓN DE SANSÓ (1981), a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (1984) y a ARAUJO (1989), e igualmente la extinta Corte Suprema de Justicia se pronunció en ese mismo sentido (sentencias del 3-08-82 de la Sala Político Administrativa y del 29 de abril de 1992 de la Sala de Casación Civil).

En todo caso en este acápite sólo nos interesa, conforme a la tesis que postula la existencia de la potestad bajo examen, aunque no esté de ninguna manera mencionada así (literalmente) en un texto legislativo, determinar cuáles de los rasgos mencionados anteriormente están presentes en forma general en el ordenamiento jurídico venezolano, particularmente en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En primer lugar, es necesario reconocer que el referido texto legislativo pareciera inscribirse en la tesis relativa a la ejecutividad y ejecutoriedad como notas esenciales de los actos administrativos, ya

que así lo revelan sus artículos 8, 78, 79 y 80. En efecto, el primero está ubicado en el capítulo II del título I, denominado "De los actos administrativos", a continuación de la definición de acto administrativo (art. 7), y los artículos 78 y siguientes, integran el capítulo V, del título III, denominado "De la Ejecución de los actos administrativos"; en segundo lugar, esa topografía legal permite explicar la razón por la cual todos los autores venezolanos antes mencionados se hayan inclinado por la referida tesis; y en tercer lugar, que aun aceptando como válida dicha tesis, es necesario admitir que en la Ley no resulta nada clara la diferencia entre ejecutividad y ejecutoriedad.

La aludida falta de diferenciación puede conducir inclusive a sostener que la ley únicamente prevé la ejecutoriedad, porque tanto el artículo 8, como los artículos 79 y 80 giran en torno a ese concepto, pues el primero señala que los actos administrativos que deban ser **cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la Administración en el término establecido**. A falta de este término se ejecutarán inmediatamente, y los artículos 79 y 80 establecen la modalidad para la **ejecución**, sea al vencimiento del término, o inmediatamente, de los actos administrativos. Lo que quiere decir que la normativa aparece anclada sobre la autotutela ejecutiva (ejecutoriedad), no mencionando para nada a la tutela declarativa o ejecutividad, motivo por el cual ateniéndose a dicha normativa específica, sería posible postular que a la luz de ese marco normativo, únicamente aparece consagrada la ejecutoriedad o autotutela ejecutiva.

Más aún: podría reforzarse dicha posición si se toman en cuenta modelos del Derecho Comparado, en los cuales queda claramente establecida, dado que se trata de una potestad que envuelve un privilegio para la administración, la autotutela declarativa o ejecutividad, tal como el ordenamiento Español, cuya Ley de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como ya lo vimos, consagra en forma categórica la figura bajo examen, al prescribir en su artículo 57.1. "Los actos de las

Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo **se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa**".

Hay que resaltar a los fines de contrastarlo con el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), que el dispositivo del texto español contiene el elemento clave o básico sobre el cual se monta el concepto de ejecutividad, y más concretamente de autotutela declarativa, esto es, la presunción de legalidad, por ser ella precisamente la que le imprime el carácter ejecutorio a los actos administrativos, aun cuando éstos afecten situaciones subjetivas de los particulares constituyéndolas, modificándolas o extinguiéndolas, sin necesidad del concurso de los jueces. Solamente esa mención normativa bastaría para darle carácter obligatorio e indiscutible a los actos administrativos, y en definitiva ejecutorios en forma inmediata, pero el legislador se cuida de acentuar esta última nota, cuando expresa inequívocamente la regla de que surtirán efectos desde la fecha en que se dicten, por supuesto, dejando a salvo la excepción derivada de que eventualmente el propio acto pueda disponer otra cosa.

Ese modelo normativo –insistimos– no genera dudas acerca de la autotutela declarativa expresada en la ejecutividad del acto; en cambio, es obvio que no puede afirmarse lo mismo del contenido en el artículo 8 de la LOPA, porque como expresamos antes, para empezar no alude a la base fundamental de la ejecutividad, y además inclusive invierte la regla derivada del carácter ejecutorio de los actos administrativos: ejecución inmediata (desde que se dicten, en términos de la ley española), al condicionarla a una especie de fijación de un término, y disponer que sólo se ejecutarán inmediatamente si no existe término. En fin, reiteramos que todo el énfasis normativo aparece colocado sobre la ejecución –con las aludidas imperfecciones– del acto, y no en la actuación que conduce a la declaración de la Administración, que incide sobre situaciones subjetivas de los particulares, sin necesidad de la intervención del Poder Judicial (sentencia), que es lo que

constituye en realidad el basamento teórico para postular una tesis sobre la autotutela administrativa.

Esa evidente incorrección normativa obedece tal vez a que para el momento en que se promulga la Ley (1981), todavía el Derecho Administrativo venezolano se encontraba en un estadio medio de desarrollo, pero sobre todo a la confusión que siempre ha privado y aún sigue privando en la delimitación de los cauces conceptuales en esta materia. Sin embargo, independientemente de cuales sean las causas de esa falla normativa, consideramos que acudir a una interpretación literal del artículo 8 de la LOPA a los fines de negar la existencia de la ejecutividad, o de la autotutela declarativa, constituiría un ostensible error, porque comportaría soslayar uno de los principios básicos que debe tenerse en cuenta en todo proceso hermenéutico, como es la plenitud del ordenamiento jurídico, y más aún significaría ignorar el carácter sistemático del ordenamiento, que impone la intercolaboración normativa, tanto más en el propio seno de un determinado texto legislativo.

Pues bien, cuando se respeta ese principio, y se atiende al sentido finalístico de las regulaciones de la LOPA, encontramos para empezar, que el artículo 7 define al acto administrativo como **toda declaración** emanada de la Administración, de conformidad con los requisitos enumerados a lo largo de todo el texto legislativo, sobre todo los concernientes a los procedimientos constitutivos y de revisión, cuyo examen revela la voluntad de la Ley de otorgarle a la Administración el privilegio de la autotutela declarativa, razón por la cual puede mediante su actuación incidir sobre las situaciones jurídicas de los administrados. Basta señalar al respecto dos disposiciones del texto en comento: la contenida en el artículo 10 que prohíbe a la Administración la creación de sanciones, así como modificar las que hubieren sido creadas en las leyes, lo que no hace más revelar el respeto al principio de legalidad, pero al mismo tiempo demuestra, por interpretación a contrario, que puede la Administración con su sola declaración, sin intermediación de los Tribunales, imponer sanciones a los particulares, o sea, incidir sobre las situaciones subjetivas de los mismos.

En ese mismo sentido debe traerse a colación el artículo 87 ejusdem, que niega el efecto suspensivo de los recursos administrativos, pero al mismo tiempo establece que excepcionalmente pueden suspenderse los efectos del acto para evitar un perjuicio al interesado, lo que también por interpretación a contrario demuestra que la Administración está facultada para dictar actos que creen, modifiquen o extingan situaciones jurídicas a los particulares, en virtud de que con la excepción se pretende mantener el estatus de los ciudadanos que ha sido afectado por el acto, cuyos efectos pretenden suspenderse.

De modo, pues, que la indicada interpretación sistemática permite subsanar la falla normativa del artículo 8 de la LOPA, y favorece el predicamento de la válida existencia de la autotutela declarativa expresada en la ejecutividad de los actos administrativos. Pero además a favor de esa tesis milita todo el andamiaje doctrinario e histórico que informa a esta figura, y ahora, como expusimos precedentemente, el propio texto constitucional, al normar a la Administración separada del Poder Ejecutivo, y definirla como una organización al servicio de los ciudadanos y ciudadanas (comunidad), en su artículo 141, que encuentra concreción en múltiples textos normativos en los cuales se le asignan a cada órgano de esa Administración Nacional, Estadal o Municipal, Central o Descentralizada, los **intereses públicos** que deben cuidar (principio de legalidad administrativa), razón por la cual quedan facultados esos órganos para tutelar sus propios derechos y situaciones jurídicas, sin tener necesidad de solicitar el pronunciamiento judicial (autotutela).

Por otro lado, este último argumento sirve a la vez para afirmar la existencia implícita de la presunción de legalidad que informa a los actos administrativos, pues como hemos visto a diferencia de lo que ocurre en España, la LOPA no contempla expresamente dicho principio, pero revistiendo la Administración Pública, por obra de la Constitución, ese carácter servicial de la comunidad, pensamos que el principio viene a ser una consecuencia necesaria e inmediata de la finalidad que el texto

constitucional le asigna a la organización administrativa, pues de lo contrario luce evidente que el cuidado de esos intereses públicos resultaría casi nugatorio, sobre todo en ámbitos tan delicados como el orden público, la salud, la educación, el ambiente, etc.

Finalmente, nos atrevemos a señalar que aun en ausencia de una norma constitucional como la contenida en el artículo 141, que era la situación que se presentaba durante la vigencia de la Constitución de 1961, de todas maneras resultaba posible elaborar una tesis como la anteriormente formulada, ateniéndose a la naturaleza misma de la Administración Pública, conceptuada como instrumento para llevar a la práctica los fines del Estado. Igualmente podría reposar esa fundamentación en el marco histórico y doctrinario relativo al tema que nos ocupa. Demás está decir que esa fue la posición que privó durante todo el período que va de 1961 a finales de 1999, en los medios judiciales y académicos.

Sobre la base de los razonamientos anteriores es posible concluir que aunque no esté literal y expresamente consagrada la ejecutividad como expresión de la autotutela declarativa de la Administración, es posible derivarla de la interpretación sistemática de los mencionados dispositivos de la LOPA, partiendo del examen contextualizado del artículo 8 de ese texto legislativo. Por consiguiente, atendiendo a esa conclusión, pueden señalarse como elementos que la caracterizan, los siguientes:

a) El carácter ejecutorio del acto que emana la Administración, es decir, de obligatorio cumplimiento por parte de los destinatarios, sin que ello requiera que tenga valor de cosa decidida administrativamente, porque el acto es ejecutorio aun cuando para que adquiera firmeza administrativa sea necesaria la interposición de uno o dos recursos administrativos (reconsideración y jerárquico). Por supuesto que nos estamos refiriendo a los actos que emanan de titulares de órganos distintos a las máximas autoridades de los mismos; en consecuencia,

debe quedar claro que no se requiere que el acto sea firme administrativamente para que detente la condición de ejecutorio.

b) La ejecutividad o autotutela declarativa, en estricta puridad jurídica, no da lugar a hablar de "cosa juzgada administrativa", porque en ningún caso la decisión a la cual se le atribuye esa cualidad emana de órganos judiciales, independientes e imparciales; antes por el contrario de alguna manera la autotutela revela lo contrario. Sin embargo, nada obsta para que se pueda utilizar la expresión con fines didácticos, siempre que se haga la debida aclaratoria;

c) Aunque no está prevista expresamente la presunción de legalidad de la Administración, es posible inferirla ahora del artículo 141 de la Constitución, razón por la cual cobra plena fuerza la idea de la autotutela declarativa en lo tocante a la incidencia sobre las situaciones jurídicas de los particulares sin el concurso judicial; d) la ejecutividad comporta la ejecución inmediata de los actos administrativos, sin que ni los recursos administrativos, ni los contencioso administrativos, en su caso, tengan carácter suspensivo (art. 136 de la LOCSJ y 87 LOPA). Pensamos que tal principio rige aun para los actos sancionatorios, sin que pueda reputarse contrario a los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva (art. 26) y a la presunción de inocencia (art. 49, num. 2); e) debe destacarse que excepcionalmente el principio que niega la suspensión de los efectos de los actos administrativos admite una quiebra o excepción: cuando el acto cause un grave perjuicio al interesado, o la impugnación se fundamente en la nulidad absoluta del acto, en el caso de los recursos administrativos (art. 87 LOPA), o cuando la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, en el caso de los recursos contencioso administrativos (Art 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, todavía parcialmente vigente).

f) Pese a la carga que significa para el particular que pretenda desvirtuar la presunción iuris tantum de legalidad de un acto administra-

tivo, y en definitiva cuestionar su validez, la interposición del correspondiente recurso, pensamos que dicha carga no se extiende a la fase probatoria, correspondiéndole a la Administración demostrar que el acto reúne los requisitos de validez y perfección, sobre todo cuando sea el resultado del ejercicio de la potestad sancionatoria. Tal aseveración resulta indudable estando consagrado expresa y categóricamente el principio de la presunción de inocencia. Quedan de esta manera delineados los indicadores de la ejecutividad, considerada por nosotros como la expresión de la autotutela declarativa, porque al fin y al cabo todos ellos no hacen más que evidenciar la suficiencia de la Administración para tutelarse sus propias situaciones jurídicas y derechos. Sin embargo, es necesario reconocer que tanto la doctrina como la jurisprudencia venezolanas, no la vinculan a la referida potestad, sino que la conceptúan como una nota esencial de los actos administrativos (ejecutividad).

12.2.4.5.3. **La autotutela ejecutiva o ejecutoriedad de los actos administrativos**. A diferencia de la ejecutividad, la ejecutoriedad sí aparece claramente delineada en los artículos 8, 79 y 80 de la LOPA, debido a que la Administración está facultada por dichos dispositivos para ejecutar directa o indirectamente sus actos, aun contra la voluntad de los destinatarios. Ha de advertirse que esta es una potestad cuyo ejercicio está condicionado por la actitud del destinatario, pues si por ejemplo a una persona se le ordena entregar un bien que sea objeto de requisición, y ésta lo consigna en el plazo establecido, obviamente que no se requerirá la actuación del órgano administrativo, ni de su delegado o comisionado y el carácter ejecutorio del acto habrá producido cabalmente sus efectos. Pero en el supuesto de que se resista pasivamente (se niegue a consignar el bien), entonces procede el ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva, puesto que la Administración sin necesidad de acudir a los Tribunales, ejecutará coactivamente el acto, inclusive con ayuda de la fuerza pública, si resulta necesario.

Conviene precisar, atendiendo a los parámetros esbozados por la doctrina extranjera, que estando consagrada a favor de la Administra-

ción la potestad de autotutela ejecutiva, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho anglosajón, el administrado puede negarse legítimamente a cumplir la obligación derivada del acto, pues ese incumplimiento o desobediencia configuraría un caso de mera resistencia pasiva. Por el contrario, atendiendo a esos mismos lineamientos doctrinarios debe negarse la legitimidad y validez de la resistencia activa, verbigracia un administrado al que le vayan a demoler una construcción ilegal y con cualquier tipo de arma se oponga a dicha ejecución, pues además de la ilegalidad de esa conducta, la misma podría configurar una falta o delito. En el caso de la resistencia pasiva que conduce a la ejecución forzosa por la Administración, o por terceros contratados por la Administración, correrá a cargo del obligado los costos de la ejecución. Y desde luego, que también deberá pagar esos costos si la ejecución forzosa se realiza aunque medie la resistencia activa del obligado.

Ahora bien, en orden a precisar el ámbito de la potestad bajo estudio, atendiendo a los citados dispositivos, cabe señalar que del citado artículo 8 de la LOPA, se desprende por interpretación a contrario, que existe una categoría de actos ejecutorios excluidos de esta potestad de la Administración: aquellos que no requieren ser cumplidos mediante actos de ejecución, tales como los denominados por la doctrina italiana autoejecutivos, ya citados: actos denegatorios (autorizaciones, concesiones, etc.) y en cierto sentido los actos emanados de la Administración Consultiva, tales como dictámenes y propuestas, los cuales, a decir verdad, tienen un carácter interno, y por ese motivo no pueden ser ejecutorios en el marco de una relación jurídico administrativa.

En cambio, la otra categoría de actos, aunque formalmente se invirtió el término de la regla, como ya dijimos, puesto que el precepto bajo examen condicionó su ejecución al vencimiento del término, pero como en la realidad la gran mayoría de los proveimientos administrativos no están sometidos ni a término ni a condición, la práctica ha impuesto la verdadera regla en esta materia: los actos administrativos

que deban ser cumplidos mediante ejecución, tienen que ser ejecutados inmediatamente, después de su notificación, desde luego, por la propia Administración, o sus comisionados o delegados.

En ese sentido, es preciso dejar constancia de que el ordenamiento venezolano sigue la tesis, por cierto en revisión en otros ordenamientos, que postula el carácter general de la potestad de autotutela ejecutiva o ejecutoriedad, puesto que la regla general se traduce en el deber de la Administración de ejecutar sus propios actos, sin necesidad de intervención judicial, no obstante esa tesis admite que excepcionalmente corresponda a los jueces ejecutar los actos administrativos, caso en el cual dicha excepción debe estar expresamente prevista en una norma de rango legal, y configurará en cierta medida una expresión de la heterotutela propia del principio de la paz jurídica.

Lo que sí debe quedar claro es que a diferencia del carácter implícito que puede revestir la presunción de legalidad de los actos administrativos, que sirve de base de sustentación a la autotutela declarativa, existe consenso doctrinario acerca de la necesidad de una previsión legal expresa que consagre la ejecutoriedad. Desde luego que esa situación está cubierta por los citados dispositivos de la LOPA, en los cuales aparece delineada como tal dicha potestad, pero a la vez señalan los requisitos y condiciones para su ejercicio.

Que las referidas normas señalen esos requisitos no implica que estén formulados conforme a una correcta técnica legislativa, ni tampoco que la regulación sea la más adecuada sustantivamente, tal como se evidencia del contenido del artículo 78, que preceptúa: "Ningún órgano de la administración podrá realizar actos materiales que menoscaben o perturben el ejercicio de los derechos particulares, sin que previamente haya sido dictada la decisión que sirva de fundamento a tales actos". En efecto, la sola lectura del texto transcrito permite colegir que no guarda verdadera relación con el proceso de ejecución de los actos administrativos, y particularmente con la ejecutoriedad, pues en una correcta

técnica legislativa y concepción doctrinaria, el dispositivo debería estar destinado a delinear un requisito previo a la ejecución forzosa de los actos, o dicho de otra manera, erigir un título habilitante de la ejecución o de la ejecutoriedad.

Quizás esa fue la intención, pero en realidad el precepto bajo examen no hace más que consagrar una prohibición contra las vías de hecho de la Administración, de paso formulada erróneamente, porque como expusimos al principio de este capítulo no todo acto material, requiere un acto expreso. Quizás la disposición, por estar ubicada en el capítulo relativo a la ejecución de los actos administrativos, debió seguir más o menos el modelo contenido en el artículo 93.1 de la Ley de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que estatuye: "Las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material **de ejecución de resoluciones** que limite derechos de los particulares **sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico"**. Planteada más o menos en esos términos hubiera quedado recogida la que parece fue la intención del legislador al sancionar la LOPA, más concretamente su artículo 78.

No obstante, el señalado error, estimamos que el esquema normativo debe ser interpretado atendiendo a su ubicación en el texto legislativo, esto es, encabezando el capítulo que regula la ejecución de los actos administrativos, que precede a las normas sobre la ejecutoriedad; atendiendo igualmente al marco conceptual de la autotutela ejecutiva antes expuesto, y sobre todo atendiendo a la "ratio" garantista para los ciudadanos contenida en la aludida norma, aunque –insistimos– erróneamente formulada. De esa manera es posible predicar que la intención o la voluntad de la Ley es erigir a la necesidad de un acto jurídico formal en requisito habilitante de la potestad de autotutela ejecutiva de la Administración. Así, pero sin mayores análisis de la norma, lo han entendido todos los autores nacionales precedentemente mencionados (Brewer, Rondón de Sansó y Araujo).

Ha de destacarse que la LOPA en sus artículos 79 y 80 delinea la modalidad de la ejecución forzosa o de oficio para que la Administración ejerza la autotutela ejecutiva. Ese tipo de ejecución varía dependiendo de la obligación que se imponga al particular, que puede ser un "dare" o un "facere". En el primer caso ("dare") la obligación derivada del acto ejecutorio incide directamente sobre el derecho de propiedad, verbigracia cuando se decide la requisición de un bien mueble o inmueble, o cuando se formula un reparo, y en el segundo caso ("facere"), la obligación derivada del acto impone una conducta positiva del particular, que generalmente se traduce finalmente en órdenes emanadas de la Administración, por ejemplo, cuando se ordena a un comerciante clausurar un expendio de comida, o cuando se ordena a un particular paralizar una construcción. También es expresión de un "facere" la orden que se da un patrono de reenganchar a un trabajador.

El artículo 80, numeral 1, prevé la modalidad de ejecución forzosa por parte de la Administración o por delegados o comisionados de ella (ejecución subsidiaria la denomina la ley española), cuando la resistencia pasiva del obligado pueda ser superada, con la actuación en el sentido indicado en el acto por la propia Administración, su delegado o comisionado. Sería el caso de la requisición forzosa del bien, o de la demolición del inmueble, o de la paralización de la obra. Esta modalidad de ejecución forzosa incluye el pago de los costos de ejecución por el obligado. Pero cuando no es posible sustituirse en el obligado a los fines de ejecutar el acto, por tratarse de una especial obligación de hacer, y tener un carácter personalísimo, como la relativa a la reincorporación de un trabajador ordenada por la Inspectoría del Trabajo, entonces lo que prevé el artículo 80, numeral 2, son multas sucesivas hasta quebrar la resistencia pasiva del obligado (denominadas multas coercitivas). Claro que al fijar el monto de las multas en bolívares en el año 1982, y no como ocurre ahora que se suele fijar en unidades tributarias, y además colocarle un monto máximo de diez mil bolívares, el quiebre de esa resistencia pasiva va a resultar muy difícil, razón por la cual este mecanismo de ejecución forzosa, en caso de la aludida resistencia pasiva, el proceso inflacionario lo ha tornado en la práctica nugatorio.

Por último, es necesario referirse al agotamiento de la vía administrativa, como expresión de la denominada por García Enterría "autotutela reduplicativa", que impone al administrado la carga de obtener una decisión de la máxima autoridad del órgano administrativo, de tal manera que si la decisión ejecutoria emana de un órgano inferior, a los fines de poder cuestionar judicialmente la presunción de legalidad de ese acto, y por ende su validez, resulta condición necesaria que se interponga el recurso o los recursos en sede administrativa en un término brevísimo de caducidad, pues en Venezuela la regla es que sean los recursos, porque de conformidad con la LOPA, debe presentarse el recurso de reconsideración ante el órgano que emanó el acto, y si éste es desestimado, entonces debe interponerse el denominado recurso jerárquico, porque se interpone ante el máximo jerarca.

Sólo después que se obtiene una decisión de éste, o vence el plazo de noventa días sin que se produzca la decisión, es cuando queda legitimado el administrado para interponer el recurso contencioso administrativo de anulación. De lo expuesto es fácil inferir que se trata de un proceso interminable, que sin dudas atenta contra la eficacia y eficiencia que deben caracterizar a la actuación de la Administración Pública (artículo 141 constitucional), pero sobre todo atenta contra el principio de tutela judicial efectiva (art. 26 constitucional).

Pese a la innegable vigencia de esos derechos a partir de la Constitución de 1999, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, puso fin a una tendencia que venía perfilándose en los restantes tribunales contencioso administrativos, de inaplicar la disposición de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que exige el agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad de los recursos contenciosos, al dictar en el año 2001 una categórica sentencia, en la cual declaró que mientras no fuera sancionada una ley que eliminara dicho requisito, el mismo debía ser exigido por los Tribunales para poder admitir las demandas. Sin dudas que tronchó de esa manera una tendencia evolutiva de la jurisprudencia, y más que

evolutiva constitucional, porque no era más que la expresión concreta de la aplicación de la disposición derogatoria única de la Constitución, y del control difuso contemplado en el artículo 334 ejusdem.

Afortunadamente en la Ley Orgánica de la Administración Pública que entró en vigencia en el mes de octubre de 2001, finalmente fue eliminado el requisito del agotamiento de la vía administrativa, estableciéndolo en forma opcional, para acceder a los Tribunales Contencioso Administrativos. Pero aunque parezca paradójico, hay que afirmar que lamentablemente la entrada en vigencia de la disposición (art. 9, num 7) resultó "congelada", mediante una disposición transitoria que condicionó esa vigencia a la promulgación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que es como hablar de un término "sine die", porque una ley similar estaba prevista en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, y nunca resultó sancionada. En fin, durante un tiempo, al parecer no muy corto, seguiremos los ciudadanos sufriendo esa autotutela duplicativa, a todas luces inconstitucional.

12.2.4.5.4. **A título de síntesis sobre la potestad de autotutela en Venezuela**. Una vez examinada –en el marco de la tesis doctrinaria que hemos seguido como modelo– la potestad de autotutela de la Administración Pública en Venezuela, lo primero que salta a la vista es la necesidad de revisar toda la regulación normativa que puede servir de fundamento a la misma, especialmente la contenida en la LOPA de 1981, concerniente, como se ha visto, a la ejecutividad o ejecutoriedad de los actos administrativos, con los siguientes objetivos:

a) Determinar si conviene reconducir esas figuras a la potestad de autotutela, aunque en la topografía de la ley puedan quedar ubicadas en los capítulos relativos a la eficacia y a la ejecución de los actos administrativos; b) decidir, aunque se opte por soslayar definitivamente la recepción expresa en el texto legislativo de la tesis sobre la autotutela administrativa, en incluir sobre la base de la nueva regulación que contiene la Constitución de 1999 sobre la Administración Pública,

en forma expresa, la presunción de legalidad de los actos administrativos, dado que es la variable básica sobre la cual se articula el concepto de ejecutividad administrativa;

c) Decidir si debe mantenerse en todos los casos la autotutela ejecutiva o ejecutoriedad, o sencillamente reservarla para aquellos que aparecen vinculados al cuidado de ciertos y determinados tipos de intereses públicos; d) por supuesto, perfeccionar hasta donde sea perfeccionable (a lo largo de este acápite hemos señalado varios errores de técnica legislativa y conceptuales), la normativa que regula ejecutividad y ejecutoriedad. Si se llegase a optar por inscribirse en la tesis de la autotutela administrativa, entonces lo que procedería sería un redimensionamiento normativo.

e) Aunque estamos en desacuerdo con el planteamiento empírico de la Administración Pública, acerca de la invocación de la potestad de autotutela a los fines de revisar los actos administrativos (revocación y anulación), estimamos que sería la oportunidad para discutir la cuestión, pues ya sabemos que el Derecho positivo puede dejar de lado, claro está en casos excepcionales, consolidados y antiguos principios doctrinarios. Si producto de esa discusión se considera procedente la referida "motivación empírica", desde luego convirtiéndola en "motivación teórica", entonces podrían consagrarse también como expresión de autotutela a la anulación y revocación de los actos administrativos.

12.2.5. **El denominado "principio de la autovinculación".**

12.2.5.1. **Un necesario intento de precisión conceptual (revocación y reconocimiento de nulidad absoluta como hipotéticas expresiones del principio**). En este acápite debemos recordar lo que indicamos al principio del capítulo acerca de nuestra intención de desarrollar algunos puntos que se corresponden con temas nuevos reubicados en el programa reformulado de Administrativo I. Uno de esos puntos que integra el tema 2: "La actividad administrativa. Princi-

pios generales", es junto con los otros principios estudiados antes, y ahora el de autotutela, que es concretamente el denominado en el programa "**Principio de la autovinculación"**. Ahora bien, a diferencia de los que allí aparecen mencionados (legalidad, discrecionalidad, y autotutela), todos suficientemente conocidos, aunque algunos de ellos puedan recibir denominación distinta a la de "principio", el de la autovinculación de la actividad administrativa, pese al esfuerzo de revisión bibliográfica que hemos realizado, no hemos podido ubicarlo en ninguna de las fuentes de la investigación jurídica (doctrina, jurisprudencia y derecho positivo). No dudamos de las motivos académicos de quienes elaboraron el programa de estudio, pero lamentamos no haber encontrado el respaldo teórico del referido principio.

Por esa razón con la intención de darle un tratamiento aunque sea muy sintético, hemos decidido, teniendo en mente los otros principios de la actividad, acudiendo a un método basado, desde luego en el examen dogmático, y a partir de allí exclusivamente en la exclusión, intentar abordar el contenido del denominado por el programa "Principio de la autovinculación". Ahora bien, pensamos que como su nombre lo indica la autovinculación implica que la Administración queda obligada con sus propias decisiones una vez que las dicta, sin poder modificarlas o revocarlas unilateralmente.

O sea, pese a que los actos administrativos, en virtud de la potestad de autotutela, tienen carácter ejecutorio, y son dictados unilateralmente por la Administración, dicha potestad parece no extenderse a la facultad de revocarlos o anularlos cuando los órganos de donde emanan consideren que resultan violatorios de disposiciones legales, o cuando sin ser ilegales, resulten inconvenientes al interés público. Por consiguiente, en ese orden de ideas, es posible preliminarmente señalar que el principio bajo examen, si bien constituye una de las bases de funcionamiento de la Administración Pública, y aparece recogido en el ordenamiento jurídico, igualmente sirve a los ciudadanos para ejercer sus derechos frente a los órganos administrativos en un marco de igualdad y de seguridad jurídica.

Planteada de esa manera la situación problemática, es obvio que se configura una autovinculación con cada actuación relevante jurídicamente de la Administración; pero he aquí que se impone acudir al método de la exclusión para intentar delimitar el núcleo del principio en examen. Y tiene que ser así porque hay que recordar que la Administración Pública dicta actos normativos (reglamentos) y actos no normativos (generales y particulares). De modo, pues que a los fines de la consecución de sus objetivos, a la Administración Pública le es conferida la potestad normativa de segundo grado, cuyo ejercicio origina los productos, denominados en términos generales, reglamentos, los cuales sin dudas no sólo vinculan a los particulares (reglamentos externos), sino también a la Administración, y desde esa perspectiva podría hablarse de principio de autovinculación de la actividad administrativa o de la Administración Pública.

Sin embargo, en vista de que en Venezuela y en la mayoría de los países el principio de legalidad ha sido consagrado siguiendo las enseñanzas de Hauriou acerca del "bloque de la legalidad", que incluye tanto a la Ley formal y a los actos normativos de igual rango, como a los instrumentos normativos de rango sublegal (reglamentos), debe concluirse que la vinculación de la Administración a sus propios reglamentos, obedece esencialmente al principio de legalidad, y no al denominado "principio de la autovinculación". No obstante, es preciso destacar que esa vinculación es relativa, porque los reglamentos como actos normativos que son, pueden ser modificados o derogados en cualquier momento, mediante otro reglamento, de tal suerte que puede cesar la vinculación cuando la Administración Pública lo estime conveniente.

Entonces el principio quedaría reducido a los actos no normativos, cuya anulación y revocación, las cuales algunos órganos de la Administración Pública venezolana pretenden basarla sin más en la potestad de autotutela de la Administración. Desde luego que en principio de admitirse esa tesis quedaría absolutamente desvirtuado –conforme el desarrollo que le estamos dando– el principio de la

autovinculación, pues ambas figuras conducen a que los órganos administrativos puedan extinguir unilateralmente los efectos de sus actos.

No obstante, utilizaremos a la anulación y la revocación para intentar aproximarnos al principio bajo examen, y aprovecharemos al mismo tiempo para examinar la referida postura de la Administración venezolana, y en ese orden de razonamiento es necesario resaltar que la mejor formulación, en nuestro criterio, sobre la tesis de la autotutela administrativa corresponde a García de Enterría, y la misma obedece a una fina y enjundiosa elaboración conceptual, basada en argumentos de carácter históricos, dogmáticos y en cierto sentido de Derecho positivo, cuya premisa básica radica en la relación posicional que se configura entre la Administración y la Justicia, utilizando para reflejar esa particular posición el principio de la paz jurídica, que como es hartamente sabido sirve de base a la convivencia social.

En orden a ese principio los ciudadanos requieren de la heterotutela de sus derechos por parte de los órganos del Poder Judicial; en cambio, la Administración está facultada por el ordenamiento para protegerse por sí misma sus derechos y situaciones jurídicas, soslayando de esa manera la intervención de los Tribunales (autotutela). Ahora bien, si de esa relación entre Administración y Justicia, en los términos expuestos, es posible inferir la existencia de la potestad de autotutela administrativa, esa misma relación, en estricto rigor lógico, sirve para negar que la anulación y la revocación de sus actos por la Administración puedan constituir expresiones de la aludida potestad de autotutela, en virtud de que a los Tribunales les está vedado categóricamente en el ejercicio la función heterotutelar, revisar sus propias sentencias para anularlas o revocarlas. De tal modo que si se mantiene el referido paralelismo en forma rigurosa, resulta concluyente que la revisión de sus actos por parte de la Administración (anulación y revocación) no forma parte, o mejor, no es un atributo en el que pueda desagregarse la potestad de autotutela.

Sin embargo, no dejamos de reconocer que si la referida potestad consiste en el privilegio que tiene la Administración para tutelar sus posiciones jurídicas, cualquiera podría argumentar que cuando un órgano administrativo anula o revoca un acto, por ilegal o inconveniente, está precisamente tutelando esos derechos. Esa argumentación en el marco de la tesis que hemos venido manejando es sólo parcialmente válida, porque ignora el antes indicado paralelismo entre Administración y Justicia, pero ese rasgo de validez es el que debería discutirse si se pretendiera juridificar la "motivación empírica" acerca de la potestad de autotutela, esgrimida por la Administración venezolana para intentar fundamentar la revocación y nulidad de actos administrativos. Desde luego, que si esta tesis fuera acogida favorablemente, de todas maneras se mantendría el principio de la autovinculación, puesto que en todo caso tanto la anulación como la revocación, como expresiones de la potestad de autotutela, configurarían meras excepciones al aludido principio.

Es necesario subrayar que el examen de la mayoría de los ordenamientos, y concretamente el venezolano, demuestra que si bien es cierto que la revocación puede considerarse como tal excepción al aludido principio, no ocurre lo mismo con la declaratoria, o mejor en términos de la LOPA (art. 83), el **reconocimiento de la nulidad absoluta**, en virtud de que se configura como una potestad de revisión ilimitada en cuanto a su ejercicio, puesto que en cualquier tiempo de oficio, o a solicitud de los particulares, puede emanar ese reconocimiento o anulación.

En otros términos, cuando se faculta legalmente a la Administración para declarar en cualquier tiempo la nulidad de los actos que dicte, siempre y cuando éstos se encuentren afectados por un vicio de nulidad absoluta, resulta concluyente que el ejercicio de esa potestad de revisión indica que con relación a los actos que ostenten ese tipo de vicios, no resulta posible predicar el principio de la autovinculación de la Administración a sus actos, puesto que es la propia Ley la que se encarga de suprimirlo. Queremos dejar claro que no se trata de una

excepción al principio, porque en sí misma la potestad anulatoria no está limitada de ninguna manera por el principio de la autovinculación, en virtud de que puede ser ejercida en cualquier caso en que se configure el correspondiente supuesto de hecho, esto es, que la Administración determine que un acto está afectado de un vicio de nulidad absoluta. De modo pues, que la potestad anulatoria tendrá una mayor o menor amplitud dependiendo de la regulación normativa que se le dé a los vicios de nulidad absoluta, pero insistimos en que cualquier caso no será un límite al principio de la autovinculación administrativa.

Es cierto que en la mayoría de los países, la tesis recogida en sus ordenamientos positivos acerca de la nulidad de los actos administrativos, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho privado, parte de la premisa de acotar un número tasado de causales o vicios de nulidad absoluta, que obviamente encuentran su razón de ser en la violación de normas, al igual que los vicios de nulidad relativa o anulabilidad, radicando la diferencia en la gravedad de la violación, de tal manera que aquellas violaciones calificadas como de extrema gravedad (muy pocas), son erigidas en causales o vicios de nulidad absoluta de los actos administrativos, y el resto en vicios de anulabilidad, pasando a ser entonces la anulabilidad de este tipo de actos la regla, y la nulidad absoluta, con todas sus consecuencias (efectos ex tunc, prohibición de convalidación, posibilidad de solicitar su nulidad en sede administrativa, o de ser declarada de oficio en cualquier tiempo, etc.), la excepción.

Debe añadirse que, atendiendo a la función pública que realiza la Administración, a la presunción de legalidad de que están revestidos sus actos, y a la tendencia que reflejan los ordenamientos a la conservación de dichos actos ("favor acti"), inclusive en algunos ordenamientos, y así es admitido por la doctrina, se han obviado de las consecuencias anulatorias ciertas violaciones legales que presentan los actos, los cuales en estricta puridad conceptual están afectados anulabilidad, para convertirlas en "**irregularidades invalidantes"**, que como su nombre lo revela, carecen de efectos que incidan sobre la validez de los mismos.

Como es posible imaginarse escapa a los objetivos de este Manual examinar un tema complejo y tan polémico, como es la potestad de anulación de sus propios actos por la Administración Pública; no obstante, conviene reiterar que el artículo 83 de la LOPA la consagra en los siguientes términos: "La Administración podrá en cualquier momento, de oficio o a solicitud de particulares, reconocer la nulidad absoluta de los actos dictados por ella". Desde luego, que tal precepto debe concordarse con el artículo 19 de la LOPA que enumera en forma taxativa las causales de nulidad absoluta, razón por la cual, como es obvio, sólo podrá reconocerse la nulidad absoluta de los actos que encuadren en una de esas causales.

Cabe resaltar que el transcrito artículo 83 de la LOPA reprodujo el artículo 109 de la Ley de Procedimientos Administrativos española de 1958, casi totalmente derogada por la Ley de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Común de 1992, reformada en 1999. Ahora bien, pese a que el texto legislativo que lo contiene entró en vigencia en 1982, no ha sido realmente estudiado con profundidad por la doctrina nacional, y apenas existen pinceladas en unas pocas sentencias que apuntan hacia la necesidad de que cuando la Administración aplique dicho dispositivo debe hacerlo dándole cabida al debido proceso.

Lo cierto es que todo apunta hacia la necesidad casi perentoria de modificar radicalmente a la LOPA, pero mientras eso ocurre por vía jurisprudencial, dada la enorme importancia de esa norma, deberían abordarse dudas como el sentido y alcance de la palabra "podrá" en el citado esquema normativo. En ese orden de ideas habría que determinar si es una potestad discrecional que se extiende a la inadmisibilidad de la solicitud de los particulares, lo que lógicamente está muy vinculado al procedimiento que debe regular esa solicitud. Y si debe privar la literalidad de la norma en el ejercicio de esa potestad revisora, en el sentido de determinar si la Administración puede realmente "en cualquier tiempo" anular el acto, bien sea a solicitud de particulares o de oficio. ¿O acaso reglas de sana lógica jurídica no aconsejarían fijar límites como los

estatuidos en la citada Ley española de 1999, algunos de los cuales por cierto estaban contemplados en la de 1958, que sirvió de "modelo" a la LOPA, al ejercicio de la potestad de revisión de la Administración, en los siguientes términos: "Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido, o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes".

Las dudas o problemas señalados requieren respuesta legislativa en una próxima reforma, pero por lo pronto requieren respuesta judicial o doctrinaria. Sin embargo, quizás el aspecto más importante desde el punto de vista forense relacionado con la nulidad de los actos administrativos, está relacionado con el lapso para interponer el recurso contencioso administrativo, contra actos afectados por un vicio de nulidad absoluta, porque últimamente el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Electoral, ha declarado que los actos afectados por ese clase de vicio pueden ser impugnados en cualquier tiempo, lo que en nuestro criterio revela una confusión conceptual, que consiste en intentar traducir procesalmente los efectos sustantivos de la nulidad absoluta.

Ciertamente que desde el punto vista sustantivo el acto afectado de nulidad absoluta, debido a la gravedad de la misma no surte ningún tipo de efecto, es decir, carece formalmente de eficacia, razón por la cual no resulta susceptible de convalidación; pero debemos destacar que dicha carencia queda obstruida por el principio de autotutela administrativa, pues el acto, aun afectado de nulidad absoluta es ejecutorio, y susceptible de ser ejecutado contra la voluntad del destinatario, salvo que sus efectos sean suspendidos mediante una medida cautelar. De esa manera las consecuencias sustantivas de la nulidad absoluta no operan frente a la potestad de autotutela. Pese a las indiscutibles características del acto viciado de nulidad absoluta (equivalente en términos metafóricos a la inexistencia jurídica, porque formalmente no surte ningún efecto), es preciso subrayar que el principio de la seguridad jurídica impone que quien ha sido lesionado por un acto de

esta naturaleza lo impugne en el plazo previsto en la Ley, que en el caso venezolano, como se sabe, es de seis meses contados a partir de la notificación, so pena de que si lo hace extemporáneamente, pese a que a ojos vista resulte evidente el vicio de nulidad absoluta, el Tribunal deba declararlo inadmisible.

En otros términos, la garantía del principio de seguridad jurídica milita contra la idea de extrapolar los efectos sustantivos de la nulidad absoluta a los lapsos procesales; y por consiguiente, debe privar dicho principio, de tal manera que si un recurso contencioso administrativo fundado en un vicio de nulidad absoluta es interpuesto fuera del lapso de caducidad, el Tribunal deberá declararlo inadmisible "in limine litis", salvo que la ley disponga otra cosa, que por ahora no es el caso del ordenamiento jurídico venezolano.

A pesar de todo lo expuesto anteriormente, es necesario destacar que existe una especie de "vía oblicua" para recurrir contenciosamente los actos viciados de nulidad absoluta fuera del plazo de seis meses contemplado en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ), parcialmente vigente, y consiste en solicitar a la Administración que dictó el acto, de conformidad con los artículos 82 y 19, de la LOPA, que reconozca su nulidad absoluta. Si la Administración estima la solicitud, el interesado consigue su objetivo, o si lo desestima expresa o presuntamente (silencio administrativo negativo), puede en el lapso de seis meses contados desde la fecha de la notificación, o desde que se venza el lapso fijado para decidir, interponer el recurso contencioso administrativo. De esta manera "oblicua" es posible interponer el recurso fuera del lapso de caducidad previsto en la LOCSJ, y ello obedece realmente a los indicados efectos sustantivos de la nulidad absoluta.

Retomando el hilo de la exposición, interrumpido por esta sucinta referencia sobre el reconocimiento de la nulidad absoluta por la Administración, contenido en los artículos 83 y 19 de la Ley Orgánica de

Procedimientos Administrativos, cabe concluir reiterando que el denominado principio de la autovinculación administrativa, no está relacionado con esa potestad de revisión otorgada a la Administración Pública en los citados dispositivos normativos, razón por la cual debe ser examinado exclusivamente con relación a la potestad revocatoria contemplada en el artículo 82 de la LOPA. Dicho en otras palabras, si el propio ordenamiento es el que confiere a la Administración Pública la facultad de anular, en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de los interesados, los actos viciados de nulidad absoluta, entonces resulta indudable que tales actos no están cubiertos por el principio de la autovinculación administrativa.

12.2.5.2. **El principio de la autovinculación reducido a la potestad de revocación de los actos administrativos**.

12.2.5.2.1. **Revocación por razones legales y revocación por razones de conveniencia o de oportunidad**. Ha de aclararse que el concepto amplio de revocación incluye a la anulación ya examinada, y a la revocación strictus sensu, que es el acto mediante el cual la Administración, por razones de legalidad o de mérito, decide extinguir o hacer cesar los efectos de un acto anterior. En orden a la definición precedente la doctrina suele clasificar a la revocación, por **razones de legalidad** y por **razones de conveniencia o mérito**. La primera resulta de una tensión entre el principio de seguridad jurídica y el principio de legalidad, pudiendo el ordenamiento otorgarle primacía a este último, caso en el cual consagrará dicha facultad a la Administración.

La situación puede describirse así: la Administración dicta un acto, y posteriormente se percata de que está afectado de un vicio de anulabilidad que denota una clara violación de la ley, pero dicho acto ha generado derechos subjetivos para un administrado, correspondiéndole entonces al órgano que emanó el acto –sí está expresamente previsto– revocar dicho proveimiento. Desde luego, que el acto revocatorio deberá estar fundamentado en la correspondiente norma atributiva de

competencia, pero sobre todo deberá derivarse de una prueba fehaciente de la infracción legal invocada.

Hay que reseñar, sin embargo, que no son muchos los ordenamientos que consagran esta potestad de la Administración Pública, en razón de que existe cierta tendencia legislativa que pareciera apuntar, tratándose de vicios de anulabilidad, a hacer primar el principio de seguridad jurídica sobre el de legalidad. Al mismo tiempo es fácil imaginarse que consagrar o no la revocación en los términos indicados es un problema fundamentalmente de política legislativa, pero aquellos ordenamientos que la estatuyen suelen cuidarse de delinear precisos mecanismos legislativos destinados a garantizar la indemnización de los que resulten lesionados en sus derechos subjetivos por el acto revocatorio.

Por otra parte, la revocación por razones de conveniencia o de mérito, al parecer de factura italiana, consiste en la extinción del acto que originariamente era legal y oportuno o conveniente, y posteriormente se revela contrario a un interés público que le corresponde cuidar a la Administración Pública. Siempre la razón de conveniencia u oportunidad encontrará su basamento en un hecho nuevo que torne incompatible el acto con el interés público, verbigracia un acto de exoneración de importación de ganado, que resulte contrario al interés público subyacente en una nueva política económica.

Si la revocación por motivos de legalidad no es frecuente, mucho menos lo es la revocación por razones conveniencia u oportunidad (de mérito en términos de la doctrina italiana), razón por la cual son muy pocos los países que la contemplan en sus ordenamientos, entre ellos, Italia. No resulta difícil imaginarse las razones que privan en la renuencia de los legisladores a conceder esta potestad a la Administración Pública, porque debido a su particularidad, el Parlamento prácticamente se ve constreñido a conferirle a dicha potestad carácter discrecional, cuyo ejercicio origina un acto de esa naturaleza, que como es sabido es muy difícil de controlar, en su núcleo, por los

Tribunales, y además como muy bien lo señala SANTAMARÍA (1999), "…ni puede existir garantía eficaz de que dicha potestad se ejerza con sujeción al principio de igualdad".

Este tipo de revocación, al igual que la que se fundamenta en motivos de legalidad, comporta una especie de expropiación de los derechos de los ciudadanos afectados por el acto revocatorio, que no quedan realmente satisfechos, ni aun con la aplicación de disposiciones que acuerdan la correspondiente indemnización, pues el valor agregado derivado del punto, de las circunstancias, de las relaciones, etc., que disfruta el beneficiario de la exoneración, no resulta realmente indemnizado, por mucho que la suma de dinero acordada se aproxime al equivalente real.

De todos modos, consagrar o no la revocación por motivos de oportunidad o conveniencia, es igualmente una opción legislativa, pues no resulta una heterodoxia dicha consagración, como tampoco lo es la revocación por motivos legales. No obstante, hay que reconocer que en casi todas partes existe una especie de aprehensión de los legisladores y de la misma doctrina, con relación a esta materia, lo que pudiera no ser justificado, pues pareciera que en determinadas hipótesis resulta procedente la revocación por una u otra causa.

Finalmente, es necesario dejar constancia que la doctrina italiana suele hablar de revocaciones que constituyen especies de sanciones. Giannini denomina esta categoría como "revocación-sanción", puesto que en la ley correspondiente se tipifica a la revocación como una sanción, lógicamente cuando se configure la causal tipificada. Generalmente estos actos están relacionados con los de naturaleza autorizatoria. Muy parecidos a este tipo de actos son los revocatorios que tienen su origen en el incumplimiento de determinadas condiciones o requisitos que deben mantener determinados particulares que obtienen una autorización, durante el tiempo que dure la actividad para la cual son habilitados. No debe confundirse la revocación, con las denominadas

"caducidades" o "decaimientos" contemplados en leyes especiales, por tener otra naturaleza y finalidad. Generalmente operan después de transcurrido cierto tiempo sin que el beneficiario de una concesión comience a explotarla.

12.2.5.2.2. **La revocación de los actos administrativos y el principio de la autovinculación en Venezuela**. Ha quedado demostrado que únicamente la revocación de los actos administrativos puede considerarse como una excepción al principio de la autovinculación, y realmente como una verdadera excepción, pues son pocos los países que la consagran, en una u otra modalidad; y desde luego que solamente en aquellos que no la prevén puede predicarse la vigencia plena del principio bajo examen. El caso de Venezuela es un tanto atípico, pues pese a que es regulada en el artículo 82 de la LOPA, tal regulación reviste unas características especiales que la convierte en una figura casi nugatoria, razón por la cual puede afirmarse –en el contexto de los términos expuestos– que en el país rige el principio de la autovinculación de la Administración Pública.

El citado artículo 82 de la LOPA prescribe "Los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó, o por el respectivo superior jerárquico".

La interpretación del dispositivo transcrito impone la identificación de la categoría de actos que son susceptibles de ser revocados por la Administración: todos aquellos que no sean declarativos de derechos a favor de los particulares, y también aquellos que no originen las situaciones subjetivas enmarcadas en el concepto de intereses legítimos, personales y directas, verbigracia una autorización, el otorgamiento de un título universitario, una exoneración, una licencia para importar, etc. Luego, no es difícil imaginar que del universo de actos administrativos, la gran mayoría están conformados por proveimientos de esta clase,

sobre los cuales existiría una interdicción derivada del artículo 82 de la LOPA citado, para su revocación, pero sobre todo del artículo 19, numeral 2, que erige en una causal específica de nulidad absoluta del acto mediante el cual se revoque otro, que haya resuelto un caso previamente con carácter definitivo y haya creado derechos particulares, salvo autorización expresa de la Ley.

El resto de los actos que integran ese universo está compuesto por actos que no dan lugar a una relación jurídico administrativa, y que por tanto no pueden declarar derechos a favor de los administrados (actos organizativos, dictámenes, propuestas y en general actos internos), y por los denominados actos de gravamen, que imponen obligaciones y cargas a los administrados, sobre todo los de carácter sancionatorio.

Ese resto, constituido sin dudas, por un número minoritario de actos sobre el cual puede ser ejercida en principio sin ningún condicionamiento la potestad revocatoria de la Administración, no guarda ninguna relación con el referido principio de vinculación, simple y llanamente porque con éste también se persigue la tutela del principio general de la seguridad jurídica, y por ende, la preservación de las situaciones jurídicas consolidadas. De tal manera que se puede afirmar, sin mayores explicaciones, que en esos casos (revocación de actos de gravamen, organizativos, internos), el referido principio de seguridad jurídica no aparece afectado para nada, motivo por el cual puede concluirse que la regulación de la revocación contenida en los artículos 82 y 19, numeral 2, de la LOPA reafirma el denominado principio de autovinculación de la Administración a sus actos, desde luego, en lo que toca el universo de los restantes actos administrativos.

No dejamos de observar que excepcionalmente dicho principio puede eventualmente resultar afectado, cuando se trate de los denominados por la doctrina alemana “actos de doble efecto”, en virtud de que la revocatoria de un acto que afecta los derechos de un particular,

puede llegar a incidir sobre los derechos o intereses legítimos de otro u otros. Sería el caso de que la Administración Municipal ordenara la paralización de la construcción de una obra, debido a la denuncia interpuesta por los vecinos acerca de violación de normas urbanísticas, y posteriormente revocara el acto de conformidad con el artículo 82 de la LOPA. En esa hipótesis habría que examinar muy bien la situación, porque si efectivamente se demuestra la lesión de los referidos intereses vecinales, entonces la Administración estaría impedida legalmente de dictar el acto revocatorio, pese a la naturaleza de acto de gravamen del proveimiento que pretende revocar. Ciertamente que la posible existencia de actos de "doble efecto" (muy pocos) no hacen más que contribuir a reafirmar la tesis del principio de la autovinculación de la Administración, pues los mismos están exceptuados de la esfera de actuación de los órganos administrativos, basada en el aludido artículo 82 de la LOPA.

No pareciera infundado sostener que pese a la aparente amplitud con que es redactada la norma, su portada o radio de alcance es muy reducido, no sólo en lo concerniente a la naturaleza de los actos, sino también en las razones que puede invocar la Administración para fundamentar su actuación, que no pueden ser otras que las que encuentren sustento en violaciones de normas, que lógicamente no lleguen a configurar casos de nulidad absoluta, pues en ese caso procedería el reconocimiento de la nulidad absoluta contemplado en el artículo 83 ejusdem. En otras palabras, a la luz de la LOPA solamente es posible predicar la existencia de la revocación por razones legales, y negar la de la revocación por razones de conveniencia, oportunidad o mérito.

Tal aseveración obedece a que de conformidad con la doctrina mayoritaria, la revocación es de derecho estricto; por tanto, esa potestad puede ejercitarla la Administración únicamente si aparece expresamente prevista en el ordenamiento, debido a que ella se erige en una excepción al principio de autovinculación de la Administración. Además debe destacarse que en nuestro ordenamiento, a diferencia de lo que ocurre en

Italia, nunca se ha planteado legalmente hablar de vicios de legitimidad de los actos administrativos, entendidos como equivalente a vicios de oportunidad, mérito o conveniencia, predominando la tesis que predica que únicamente aparecen tipificados vicios de ilegalidad (infracción de normas jurídicas). De tal manera que si se pretende interponer un recurso contencioso administrativo, desde luego, que su fundamentación debe reposar exclusivamente en este tipo de vicios.

En el contexto de ese marco conceptual es fácil colegir que la intención de la Ley, es la de consagrar la revocación por razones de legalidad, y la de excluir la revocación por razones de conveniencia. Inclusive así también se desprende, por interpretación a contrario, del artículo 19, numeral 2, de la LOPA, pues ese método interpretativo conduce a pensar que el acto revocatorio mediante el cual se pretende resolver un caso precedentemente decidido con carácter definitivo, debe estar fundado en normas legales. Y finalmente, dada la especial delicadeza que reviste la revocación por razones de mérito, sanos principios doctrinarios y hermenéuticos conducen a sostener que ella debe estar prevista en forma expresa y explícita, y que en el caso de que una norma, como ocurre con el artículo 82 ejusdem, se refiera genéricamente a la revocación, debe entenderse que pretende regular a la potestad revocatoria basada en razones legales.

Conviene aclarar que la potestad convalidatoria se inscribe dentro del respeto que la Administración debe guardar por el principio de la autovinculación, en virtud de que el ejercicio de la misma no hace más que subsanar vicios de anulabilidad de determinado acto administrativo, manteniendo incólume su núcleo esencial, razón por la cual no afecta para nada las situaciones consolidadas de los administrados, y por ende, como expusimos antes, no incide sobre el principio bajo examen.

12.2.5.2.3. **El principio de la autovinculación de la actividad administrativa y el artículo 11 de la LOPA**. Por último, consideramos necesario intentar deslindar la pretendida relación entre el principio

bajo estudio y los denominados precedentes administrativos. Para ello nos resulta útil referirnos a una acción de amparo que conoció en apelación la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en la cual el accionante invocó el principio de la autovinculación administrativa, cuando expresó "viola así el Municipio sus propios precedentes administrativos –**principio de la autovinculación administrativa**– reconocido en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, aunque se fundamente para ello en una norma de rango legal" (Sentencia del 11-02-2002).

Ha de advertirse que en realidad la cita es tomada de la parte narrativa de la identificada sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y la razón que nos obliga a intentar el mencionado deslinde, desde luego en el contexto de la perspectiva conceptual en que nos hemos colocado para abordar el examen del principio de autovinculación, es que el Tribunal en su parte motiva no hizo ningún tipo de pronunciamiento al respecto, lo que puede conducir a pensar o que no le dio importancia, o que coincide con la tesis del accionante.

En ese orden de razonamiento, cabe señalar que la lectura del invocado artículo 11 de la LOPA, evidencia que la norma que contiene no guarda casi ninguna, o mejor guarda una relación meramente tangencial con el principio de la autovinculación, tal como la hemos definido en este trabajo, razón por la cual resulta dudoso que pueda colocarse como base normativa del principio bajo examen, puesto que dicho dispositivo regula principalmente el rol que juegan los criterios interpretativos en el funcionamiento de la Administración, y el aludido principio bajo examen está referido a la vinculación que generan para la Administración **los actos administrativos declarativos de derecho**, o sea, de situaciones jurídicas consolidadas, que ella dicta.

En efecto, el precepto en perfecta sintonía con el sistema continental de derecho que preside nuestro ordenamiento jurídico, soslaya el valor jurídico de los denominados "precedentes" adminis-

trativos (criterios interpretativos adoptados por la Administración en la emanación de sus actos), al establecer que "**Los criterios establecidos por los distintos órganos de la administración pública podrán ser modificados**, pero la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados. En todo caso, la modificación de los criterios no dará derecho a la revisión de los actos definitivamente firmes", razón por la cual en la hipótesis negada de que el principio bajo examen estuviese referido a los criterios interpretativos reflejados en los actos, dicha norma sería totalmente contraria al principio de la autovinculación administrativa, sencillamente porque permite a la Administración cambiar esos criterios en cualquier tiempo.

Es necesario aclarar que el precepto preserva tangencialmente el principio de la autovinculación, al precisar que los nuevos criterios no podrán aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fueren más favorables a los administrados, pero en realidad tal preservación resultaba redundante porque aparece recogida en el artículo 82 de la LOPA, ya que si se pretendiera aplicar el nuevo criterio al acto declarativo de derecho, habría que revocarlo total o parcialmente, y hemos dicho que los actos de esta naturaleza son totalmente irrevocables; luego, la protección del administrado a quien la Administración aplicara el nuevo criterio que le perjudicara su derecho subjetivo, encontraría su fundamento en la norma reguladora de la figura de la potestad revocatoria, y más aún, dicha situación encontraría su garantía específica en el artículo 19, numeral 2, de la LOPA que erige en causal de nulidad absoluta ese tipo de actos revocatorios. También la eventual revocatoria de un acto de gravamen, sobre la base de un cambio de criterio, forma parte del supuesto de hecho del artículo 82, ejusdem, que prescribe que la Administración puede en cualquier momento revocar sus actos, que no originen derechos subjetivos, y desde luego que un acto de gravamen no entra en esta categoría.

Por otro lado, en estricto rigor conceptual, la prohibición contenida en el artículo 11 bajo examen, relativa a que la modificación de los

criterios no dará derecho a la revisión de los actos definitivamente firmes, no está relacionado con el principio de la autovinculación administrativa, pues como su nombre lo indica ese principio opera vinculando a la Administración a sus propios actos, dicho de otra manera: una vez que los dicta no está no está facultada para modificarlos o revocarlos unilateralmente, salvo las previsiones explicitadas en páginas anteriores. Luego, pareciera lógico pensar que la norma que estatuye la aludida prohibición está dirigida a los destinatarios de los actos definitivamente firmes en sede administrativa, con la finalidad de que al enterarse de los nuevos criterios, pretendan solicitar la revisión de dichos actos, con la finalidad de obtener una situación más favorable (referido esencialmente a los actos de gravamen).

De modo, pues, que la indicada previsión normativa si bien está destinada a preservar el estatus quo de las situaciones jurídicas consolidadas, no lo hace para nada acudiendo al principio de la autovinculación, sino prohibiendo el derecho de revisión a aquellos particulares que detenten un tipo de las mencionadas situaciones jurídicas, pretendan derivar de un cambio de criterio de la Administración; de allí pues, que resulta muy difícil establecer relación alguna entre esa previsión normativa y el principio de la autovinculación administrativa, y añadiríamos a mayor abundamiento que esa prohibición también está contenida en el artículo 82 de la LOPA, dado conforme a dicho precepto, como ya lo explicamos, la Administración no puede revisar de ninguna manera actos creadores de derecho, ni de oficio, y mucho menos a solicitud de los particulares.

En conclusión, estimamos que pretender fundamentar el principio de la "autovinculación" de la actividad administrativa, como se denomina en el programa, en el artículo 11 de la LOPA, no luce acertado conceptualmente, en primer lugar, porque no está centrado en los actos administrativos, que son los que inciden sobre la esfera jurídica de los particulares, sino sobre los criterios interpretativos que sirven de fundamento a la emanación de esos actos; en segundo lugar, porque sólo muy

tangencialmente alude al principio en comento, al señalar que las nuevas interpretaciones no pueden aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fueren más favorables, lo que evidentemente impide la modificación o revocación por la Administración de dichos actos, pero como lo hemos demostrado tal previsión está claramente incluida en el supuesto de hecho de la norma contenida en el artículo 82 de la LOPA, que regula la especial potestad revocatoria de la Administración; y en tercer lugar, porque la prohibición contenida en el artículo 11 ejusdem, concerniente a la revisión de los actos definitivamente firmes, basada en el cambio de criterio de la Administración, como lo demostramos antes, no guarda relación alguna con el principio de la autovinculación administrativa; de allí que propugnemos la tesis expuesta en este capítulo, relativa a colocar la fundamentación normativa del aludido principio en el tantas veces citado artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

12.3. **La actividad de policía administrativa**.

12.3.1. **Premisa introductoria: "cometidos" o "contenidos" de la actividad administrativa**. Como este libro pretende tener básicamente un carácter didáctico, a los fines de abordar este tema, resulta necesario destacar, que en el Programa de Derecho Administrativo I, que nos sirve de modelo, la unidad III es denominada "COMETIDOS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA"**,** motivo por el cual se impone intentar determinar su pertinencia doctrinaria. En ese orden de razonamiento recordamos que corresponde a la Administración Pública tutelar los intereses públicos predeterminados en la ley, para lo cual debe realizar múltiples actividades en los distintos ámbitos materiales a que se refieren los mencionados intereses públicos, lo que supone a su vez determinados tipos de intervención administrativa, que inciden sobre los derechos de los particulares dentro de cada sector material.

De modo, pues, que en el marco de esta exposición el "cometido", conceptuado como encargo, comisión u obligación, sería el que

correspondería lograr, por imperativo legal, a la Administración Pública. Por consiguiente, pareciera incorrecto referirse a los "cometidos" de la actividad administrativa, pues ella constituye en esa relación el medio o instrumento para el aludido logro de los cometidos administrativos por parte de la Administración, de tal suerte que ese orden de razonamiento conduce a concluir, en estricto rigor conceptual, que la actividad administrativa carece de cometidos.

Si lo que se pretendió, al parecer, fue darle una denominación a esa unidad del programa de estudio, hubiese sido preferible más bien, acudir a la expresión "contenidos" de la actividad administrativa, utilizada con fines meramente didácticos por algunos autores, en virtud de que con ella se tiende a revelar de manera general los diversos tipos de intervención en que pueden agruparse las múltiples actuaciones administrativas, dando lugar de esa manera a la probable identificación de los variados regímenes jurídicos que se corresponden con los aludidos tipos de intervención. Colocados en esa perspectiva es posible referirse, como lo veremos inmediatamente, a los "contenidos" clásicos de la actividad administrativa, que son precisamente los mencionados en el programa, a saber: actividad de policía administrativa, de fomento y de servicio público. En suma, pareciera más conveniente, dado el efecto didáctico que reviste la denominación de los temas en un programa universitario, referirse en lugar de "cometidos" a "contenidos" de la actividad administrativa.

12.3.2. **Los intentos de clasificación de las actividades administrativas atendiendo a su contenido**. El logro de los múltiples cometidos por parte de la Administración, en materia de salud, seguridad ciudadana, ambiente, vivienda, etc., impone como es lógico que sus órganos y entes realicen a su vez múltiples y variadas actividades. Desde luego que la evolución que se ha producido desde el Estado Moderno o Absoluto hasta al Estado social y democrático de derecho, ha implicado la multiplicación de las actividades desarrolladas por la Administración Pública, pasando desde muy pocas en el Estado liberal

burgués de derecho, presidido por el principio del abstencionismo estatal, hasta el crecimiento exponencial propio del Estado Social y democrático de derecho. Sin dudas que actualmente resulta casi inimaginable las clases y número de actividades o actuaciones que puede desarrollar la Administración Pública para el logro de sus cometidos.

Ese principio de multiplicidad que acompaña a la actuación de la Administración ha conducido a la doctrina a postular esquemas de clasificación de las actividades administrativas, con la finalidad de intentar establecer una correspondencia entre cada una de las categorías de la clasificación y el respectivo régimen jurídico diferenciado. En esa perspectiva ha de advertirse con SANTAMARÍA (1999) que "Hasta bien entrado el siglo XX, la descripción genérica de las funciones públicas se realizó por la doctrina bajo la simple enumeración de los sectores materiales de actividad… la actividad estatal quedaba resumida así en las funciones relativas a las relaciones exteriores, la guerra, las finanzas, la justicia y la denominada policía, cajón de sastre en la que se hacían entrar todas las tareas no encajables en los rótulos precedentes". En realidad esta tesis es expuesta originalmente por ZANOBINI (1958), autor que plantea la clasificación de las actividades administrativas tomando como base los diversos sectores de la intervención de la Administración: orden público, relaciones exteriores, industria, comercio, sanidad, ambiente, educación y así sucesivamente.

Como es posible imaginarse, una clasificación sustentada en los sectores materiales en los que se inscriben los cometidos de la Administración, ayudaba muy poco, pues de esa manera existirán tantas categorías o clases como subsectores materiales sean atendidos por los órganos administrativos, y subsistirán las dificultades que se pretenden superar con la creación de categorías generales, que permitan sostener la existencia de un régimen jurídico diferenciado para cada una de dichas categorías, que era y es la finalidad práctica perseguida por la doctrina. En efecto, la admisión de la existencia de clases generales de actividades administrativas, permite a los operadores jurídicos abordar

los problemas que se puedan suscitar con las normas concernientes a cada clase de actividad, atendiendo a ciertos principios jurídicos inferidos del Derecho positivo, de la doctrina o de la jurisprudencia.

La poca utilidad de la referida tesis dio lugar a que los autores plantearan muchos esquemas clasificatorios de la actividad administrativa, entre los cuales cabe mencionar a: la actividad administrativa jurídica y actividad administrativa material; actividad de Derecho Público y de Derecho Privado, actividad interna y externa, etc., todas las cuales fueron objeto de críticas por parte de la doctrina debido a su insuficiencia para lograr el objetivo antes indicado, que se perseguía con este tipo de esquemas clasificatorios. Sin embargo, debe destacarse que en el primer tercio del siglo XX se va a imponer una clasificación que en el orden indicado satisfizo a la mayoría de la doctrina, la cual agrupaba todas las actividades administrativas en dos grandes categorías: a) actividades cuya finalidad es la limitación de las actuaciones de los particulares; y b) actividades cuya finalidad consiste en erogarle una prestación vinculada al interés general a los particulares, siendo denominadas por la doctrina respectivamente, **actividades de policía y actividades de servicio público**, o **actividades de ordenación y actividades prestacionales**.

A finales de la década de los cuarenta del siglo XX esa clasificación es reformulada en España por JORDANA DE POZAS (1949), agregando a la actividad de policía y de servicio público, **la actividad de fomento**, de tal manera que con la primera, la Administración restringiría o limitaría las situaciones jurídicas de los particulares, con la segunda erogaría prestaciones, bien directamente o por medio de concesionarios, a los particulares, y con la tercera que constituye la creación del citado autor español, estimularía mediante diversos incentivos determinadas actividades de los particulares, las cuales se inscriben dentro de aquellas conceptuadas como de interés general.

El esquema de clasificación de las actividades administrativas propuesto por Jordana de Pozas tuvo una gran recepción en España y

en casi toda Europa, dado que la mayoría de los autores convinieron en que todas las actuaciones de la Administración son reconducibles a las categorías o clases del mencionado esquema: policía, servicio público y fomento. Es cierto que algunos autores en España han añadido otras categorías, tales como actividad de planificación (ARIÑO, 2000), de gestión económica (VILLAR PALASI, 1950) y arbitral (PARADA, 1988).

Sin embargo, la doctrina admite que los esfuerzos de esos autores por intentar perfeccionar la indicada clasificación tripartita, no constituyen en realidad una modificación sustantiva de la misma, puesto que cada una de las nuevas clases de actividades administrativas propuestas, son finalmente reconducibles a cualquiera de las tres especificadas por Jordana de Pozas. Desde luego, que ello no implica que no puedan encontrar un desarrollo autónomo en algunos manuales de Derecho Administrativo.

Lo que sí parece cierto es que el programa de Derecho Administrativo I obedece a la clasificación del aludido autor español, con la particularidad de que admite como una categoría diferente la propuesta por Villar Palasí, dado que a las actividades de policía, servicio público y fomento, añade la actividad administrativa de gestión económica. Por consiguiente, serán esas formas de actividad administrativa las que estudiaremos a continuación, adicionando por nuestra cuenta, pese a que algunos autores la incluyen dentro de la actividad de policía, a la **actividad administrativa sancionatoria**, por considerar que reviste la entidad, complejidad e importancia, mucho más en Venezuela actualmente, para darle un tratamiento autónomo.

12.3.3. **La actividad administrativa de policía o policía administrativa**.

12.3.3.1 **La naturaleza de ciertas actividades realizadas por los particulares, y su limitación o restricción por la Administra-**

ción Pública. El paso del Estado Absoluto al Estado de Derecho, implicó la transformación de los súbditos en "cives" (ciudadanos), y consecuentemente el reconocimiento de derechos subjetivos frente al Estado, en un principio derechos de libertad, para ir con el correr del tiempo a derechos económicos y sociales, y finalmente para culminar en la actualidad con los derechos civiles o humanos de diversas generaciones. En el ejercicio de esos derechos los particulares pueden desarrollar actuaciones que encuadran dentro de las actividades de interés general que corresponde realizar al Estado, pero igualmente pueden desarrollar actividades también vinculadas al interés general, cuya modalidad de ejecución resulta potencialmente perjudicial para el referido interés, motivo por el cual se impone que la Administración ordene, limite o restrinja esas actividades de los particulares, las cuales realizan en sectores tales como la educación, la salud, las telecomunicaciones, la energía, etc.

Se entiende que de lo que se trata entonces es de la intervención de los órganos administrativos competentes, en determinadas actividades, que en ejercicio de sus derechos, desarrollan los particulares. Intervención esta que encuentra su basamento en la necesidad de proteger el interés general, e implica el ordenamiento o condicionamiento de la ejecución de las actividades de los particulares, ya que debido a la importancia económica, cultural, estratégica o social que revisten los sectores sobre los cuales inciden las mismas para la tutela del interés general, de ninguna manera, aun en los Estados en que prive el más amplio concepto de liberalismo, puede dejarse exclusivamente en manos de los particulares, vale decir, sin ningún tipo de limitación u ordenación por parte de la Administración Pública. Pues bien, cuando el Estado interviene para ordenar esa clase de actuaciones de los particulares, la doctrina clásica califica esa actividad estatal como policía administrativa, y la doctrina moderna como actividad de limitación u ordenación.

12.3.3.2. **Excursus histórico sobre la actividad de policía**. Antes de comenzar el excursus histórico sobre la policía, cabe señalar de

una vez que se trata de una actividad que se inscribe dentro del concepto de función administrativa, cuyo ejercicio por parte de la Administración conduce a imponer limitaciones a los derechos de los ciudadanos. Este que es el concepto que en términos generales priva en la actualidad, y que examinaremos con el debido detenimiento más adelante, ha sufrido una evolución que pasamos a reseñar en forma muy sucinta: En un principio la policía, derivada etimológicamente de la palabra griega "politeia", que significa aquello que es propio de la comunidad, es decir, de la "polis", significaba toda la actividad estatal necesaria para la organización de la comunidad (arte de gobernar) en Grecia.

Durante el Imperio Romano el concepto de policía sigue articulado sobre la base de la idea de actividad estatal, y en un principio, según PAREJO ALFONSO (2001) cubre todo el ámbito de la Administración Civil, pero posteriormente "la intervención del poder en la vida social se generalizó prácticamente a todos los órdenes de ésta. Hasta tal punto, que en las fuentes es posible detectar el incipiente desarrollo de lo que hoy serían calificadas de policías especiales: agua, caminos y vías, obras, espectáculos, etc. La policía era aun, sin embargo, un concepto amplísimo, por equivalente a política, el conjunto sin más de las actividades del poder público".

En la Edad Media, la policía viene a ser una potestad o título de intervención del Príncipe, que a diferencia de las otras regalías no está causada en pacto alguno con los señores feudales o el pueblo, de tal manera que se ejerce sin limitación alguna para lograr el cuidado de las cosas públicas. Para que se comprenda mejor la noción predominante en esta época, cabe recordar que durante este período histórico que precede al Estado Absoluto, la actuación del Rey estaba fundamentado en títulos y regalías que resultaban del pacto que realizaba con los vasallos y el pueblo. En general, cada una de esas regalías suponía una especie de obligación correspectiva con los señores feudales. Pues bien, la actividad de policía no estaba sujeta a ninguno de esos condicionamientos, y era ejercida por el Príncipe con la finalidad de manejar las

cosas públicas; de allí que al igual que en Grecia y Roma continúa siendo una actividad realizada por la autoridad pública.

Por supuesto, que esta es la noción que pasa al Estado Absoluto, de tal manera que la policía sigue siendo conceptuada esencialmente como un título de intervención por parte del Monarca para lograr la preservación del orden público y la consecución del bienestar de los súbditos. Hasta ese momento continúa siendo un concepto omnicomprensivo que abarca la casi totalidad de las actividades del Estado. Pero en la evolución del Estado Absoluto, que como se sabe comienza a finales del siglo XV, poco a poco, actividades tales como la justicia, las finanzas y la administración militar van adquiriendo su propio perfil, y por disposición del Monarca son excluidas del concepto de policía, quedando reducida ésta a todas las actividades estatales que resultan de sustraerle las anteriormente enumeradas, las cuales son denominadas como Administración Interior o Interna.

Ya para finales del siglo XVIII (postrimerías del Estado Absoluto) la policía comprendía todos los actos coactivos o no, realizados por la Administración para impedir o prevenir la realización de males y peligros a los miembros de la comunidad, y para lograr el bienestar y felicidad de los súbditos. Debe resaltarse que aun cuando para esa fecha la policía estaba reducida a esos dos cometidos, de todas maneras representaba un título de intervención muy amplio del Monarca en la vida de las personas. Posteriormente por influencia de la doctrina alemana, del concepto de policía se excluyen las actividades destinadas a lograr el estado de bienestar de la colectividad, quedando reducido a las actividades destinadas a lograr la seguridad ciudadana y el orden público.

12.3.3.3. **La policía en el Estado Derecho**. Reiteramos que pese a que para el momento en que adviene en Europa Continental el tránsito al Estado de Derecho o Estado Liberal Burgués de Derecho (finales del siglo XVIII), el concepto de policía que privaba había

quedado reducido a la tutela de la seguridad pública, pero en virtud de que el Monarca estaba desvinculado totalmente del derecho, por cuanto las leyes no lo obligaban, él detentaba un verdadero "Poder de Policía", absolutamente ilimitado, basado únicamente en la necesidad de proteger de males y peligros a los miembros de la comunidad. De allí que era admisible, y desde luego válida, por razones obvias, cualquiera actuación coactiva o no, del Monarca.

Ese es el panorama que reina en Europa cuando adviene el Estado Derecho, que como es sabido se asienta sobre el principio jurídico de legalidad, que impone la necesidad de que toda actuación de la Administración deba estar prevista en la Ley, máxime si tiene naturaleza coactiva o limitativa de derechos, los cuales también son reconocidos a las personas, quienes pierden la condición de "súbditos" y ganan la de "cives" (ciudadanos). Por consiguiente, resulta elemental suponer que frente a esos principios, al cual se añade el de la separación de poderes, el poder de policía, y la actividad de policía concebidos en los términos antes expresados debía desaparecer. Pues bien, es necesario destacar, aunque parezca paradójico, y más aún francamente contradictorio con el principio de legalidad, esta institución del antiguo régimen pasó al Estado de Derecho.

Efectivamente, los protagonistas de la Revolución Francesa mantuvieron de hecho el poder de policía durante ese período, e inclusive como lo veremos más adelante, todavía se pretende preconizar su existencia por encima del ordenamiento jurídico. En todo caso, conviene recordar con SANTAMARÍA (1999), que este poder durante la fase de la Revolución se caracterizará por dos notas básicas:

"i) primera, su **fundamento** se situará en la figura de la situación general de sujeción en que se hallan todos los ciudadanos, cuyo primer rasgo, se dice, es la existencia de un deber genérico de los ciudadanos de no perturbar el orden, deber cuyo incumplimiento acarrearía la puesta en funcionamiento de aquel poder; y

ii) segunda, **su finalidad** que se situará en la necesidad de mantener el orden público; fórmula esta cuyo contenido se fijará por la Ley revolucionaria francesa de organización de los Departamentos (Ley 22 de diciembre de 1789-8 de enero de 1790), en un triple valor: la seguridad, la tranquilidad y la salubridad públicas".

Queda claro entonces, aunque pueda parecer increíble a luz de los postulados de la Revolución Francesa que el Estado Derecho heredó la institución del denominado "Poder de Policía" del antiguo régimen, mediante el cual quedó facultado para limitar los derechos de los ciudadanos, para tutelar la "seguridad y el orden públicos", sin necesidad de que ese amplísimo título de intervención estuviera previsto en el ordenamiento jurídico. Puede decirse que así se mantuvo durante mucho tiempo, e inclusive pretende mantenerse actualmente en algunos países, ya con casi ninguna fuerza, con la particularidad de que el concepto de policía, aun así perdió contenido, debido a que algunas actividades comprendidas en dicho concepto van a dar lugar al surgimiento de las denominadas policías especiales.

12.3.3.4. **Actividad de policía, actividad de ordenación o de limitación**. Como expusimos precedentemente, una parte significativa de la doctrina es partidaria de la tesis de abandonar definitivamente la denominación "actividad de policía", y sustituirla por actividad de ordenación o limitación. Entre sus razones están la derivada de la concepción que se impuso en el Estado Liberal que perduró durante bastante tiempo, y aún tiene postulantes, relativa al concepto de poder de policía o de la singularidad de la actividad de policía, basada en el deber general natural, porque no aparece consagrado en el Derecho positivo, de todos los ciudadanos de **no perturbar el orden público**. Sobre la base de ese deber, la Administración quedaba y quedaría facultada para realizar cualquier tipo de actuación limitativa de los derechos de los ciudadanos, inclusive de carácter coactivo, aunque la misma no esté contemplada legalmente.

Se trataba de un "poder de policía" derivado del deber innato de todo ciudadano de no perturbar el orden público, razón por la cual no requería encontrar su fundamentación en el ordenamiento jurídico, pese a la plena vigencia del principio de legalidad, y mucho menos, que es lo importante de resaltar, necesitaba la Administración respaldo legal alguno para tornar efectivo ese deber de los ciudadanos. De modo, pues, que en el marco de esa concepción toda actuación de la Administración que invoque la necesidad de que los ciudadanos cumplan ese deber queda legitimada. En Venezuela estuvimos "sufriendo" ese poder de policía aun durante la vigencia de la Constitución de 1961, pues en varias oportunidades los Gobernadores de Estado y los Jefes civiles decretaron el arresto de personas hasta por quince días, invocando "reglamentos de policía", que los facultaban para ordenar la privación de la libertad de personas, cuando discrecionalmente consideraban que estaban perturbando el orden público, o en términos de la doctrina liberal, que no cumplían con el deber de abstenerse de perturbar el referido orden.

Los autores que son partidarios de arrumbar la denominación actividad de policía y sustituirla por "actividad de limitación u ordenación", sostienen que la doctrina de la policía constituye un peligro para la libertad. Así, GORDILLO (1986), afirma que la "noción misma de policía es perniciosa para la vigencia de las libertades públicas, proclive al error y fruto de una construcción innecesaria que idolatra el poder". En ese mismo orden de ideas SANTAMARÍA (1999) sostiene: "De ahí el peligro de contaminación semántica que entraña utilizar el concepto de policía para englobar lo que no es más que un conjunto inorgánico de actividades administrativas de limitación; un concepto que genera una tendencia a suponer la existencia de potestades interventoras donde no las hay, que legitima la creación de poderes implícitos o "naturales" donde no puede haberlos…"

Consideramos que las opiniones transcritas tienden a reflejar una fundada preocupación por la defensa de las libertades públicas

consagradas en forma tajante en la Constitución y las leyes, que se contraponen fundadamente a la tesis derivada del predicamento de la existencia de un implícito poder de policía que obedecería a la necesidad de proteger a los ciudadanos y sus bienes de los enormes peligros que se generan en una sociedad tan compleja como la actual, en la cual resulta imposible tipificar o recoger normativamente esos peligros. Frente a los mismos habría que predicar un poder de coacción y respuesta de la Administración no contemplado en las leyes, que tendría un carácter extrajurídico, originado en la necesidad de garantizar la mencionada protección.

Por supuesto, que la aludida tesis del "poder de policía" implícito carece de total sustentación jurídica, pues en el actual Estado de derecho, todas las actuaciones de los Poderes Públicos deben estar previamente contempladas en el ordenamiento jurídico. Repugna al sistema jurídico actual cualquiera concepción que pretenda sustentarse en la sola discrecionalidad del funcionario, basada en una tesis metajurídica de protección del denominado o invocado orden público, para limitar o afectar los derechos de libertad o patrimoniales de los ciudadanos. Todo acto que se dicte con esa pretensión, sin encontrar base de sustentación normativa, invocando un supuesto "poder de policía", debe reputarse absolutamente nulo, e igualmente absolutamente ilegítimo.

Pues bien, en el contexto de ese marco conceptual, pensamos que hubiera resultado más acertado que en el programa de Administrativo I, en lugar de utilizar la denominación actividad de policía o "policía administrativa", hubiera preferido la usada por la doctrina moderna, esto es "actividad de limitación", "actividad de intervención" o "actividad de ordenación". Sin embargo, como hemos tomado como base del trabajo el mencionado programa, no nos queda otra opción que mantener la denominación, y examinar dicha actividad a la luz del ordenamiento jurídico venezolano. De otra parte, pareciera que resulta oportuno referirse a la actividad de policía, porque seguramen-

te nos permitirá escrutar las normas que regulan a los cuerpos de policía, y sobre todo a la función policial, concebida esta última como una competencia concurrente del Poder Nacional, con los Estados y los Municipios.

No dejamos de reconocer que la escogencia de esa opción puede suscitar problemas conceptuales, porque implica o equiparar la actividad de policía a la actividad administrativa de limitación, que al parecer es la pretensión del programa de estudio, convirtiendo lo que en realidad es la especie en el género, o considerar que la actividad de policía no es más que una especie del género de las actividades de limitación, que consideramos con la doctrina más moderna, es la tesis correcta.

En ambos casos el abordaje se dificulta, sobre todo desde el punto de vista didáctico, ya que en el primero habría que forzar bastante la exposición para extender las notas comunes a toda la especie de la actividad administrativa de limitación, a la actividad de policía, y en el segundo, la exposición estaría limitada al estudio de la actividad de policía, conceptuada exclusivamente como destinada a tutelar la seguridad ciudadana y el orden públicos, excluyéndose entonces las notas generales que caracterizan a la actividad de limitación.

En virtud del carácter básicamente didáctico de la obra, intentaremos adoptar una posición ecléctica, pues examinaremos las principales notas características de la actividad de limitación, como si fueran de la actividad de policía, y a la vez examinaremos el concepto de policía administrativa en sentido estricto, es decir, como actividad destinada a tutelar el orden público, desde luego, haciendo énfasis en las posibles singularidades que se deriven del ordenamiento jurídico venezolano.

12.3.3.5. **La actividad administrativa de policía o policía administrativa, conceptuada como especie de la actividad administrativa de limitación**. En el proceso de reducción del concepto de policía se llega en la actualidad a circunscribirlo a la actividad que

permite garantizar la seguridad ciudadana y el orden públicos, originando de esa manera una noción en sentido estricto equivalente a **policía general o policía de seguridad y orden públicos**. Ha de advertirse que esa noción restringida o en sentido estricto, resulta finalmente de excluir aquellas actividades de la Administración Pública destinadas a tutelar el interés general que puede resultar afectado por las actividades lícitas de los particulares, las cuales dan origen a las denominadas **policías especiales**, verbigracia policía ambiental, ferroviaria, vial, sanitaria, etc., todas ellas inscritas dentro del género de las actividades administrativas de limitación u ordenación.

Ha de advertirse que algunos textos suelen otorgarles a las referidas actividades, la denominación de **policías administrativas**, con la pretensión de diferenciarla de la **policía general o policía de orden público**, lo que constituye un error, en virtud de que toda la policía, es una actividad estatal de naturaleza esencialmente administrativa. Por tanto, se puede concluir que toda policía es administrativa; no obstante, cabe señalar que en algunos países suele establecerse una diferencia entre policía general o de orden público, que tiene un carácter preventivo, y constituye un cometido de la Administración Pública, y policía judicial, que tiene un carácter represivo de orden penal, y en general depende del Poder Judicial o del Ministerio Público.

Por otro lado, en este intento de hacer algunas precisiones jurídicas en torno a la actividad de policía, es necesario destacar que el término policía alude también al personal encargado de realizar esta actividad, el cual corrientemente recibe la denominación de "cuerpos de policía" o "fuerzas de policía". De allí que sea posible establecer la diferencia entre las dos acepciones indicadas, dado que la actividad de policía administrativa implica la potestad para adoptar decisiones limitativas de los derechos de los particulares, correspondiéndole a los cuerpos de policía la ejecución material de esas decisiones, en forma coactiva o no.

12.3.3.5.1. **El contenido de la actividad de policía general (orden público y seguridad ciudadana).** Como quedó dicho antes, la actividad de policía general implica la adopción de decisiones tendientes a proteger el orden público y la seguridad pública, calificada ahora de ciudadana. Hay que resaltar que el concepto de orden público al que se vincula la actividad de policía, es diferente al contemplado en el artículo 6 del Código Civil, o en el 87 de la parcialmente vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, el concepto clásico en este sentido fue formulado por HAURIOU (1927), al afirmar que es el orden material y exterior, considerado como un estado de hecho opuesto al desorden, el estado de paz opuesto al estado de perturbación. De conformidad con el citado autor son elementos integrantes del concepto de orden público la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas.

En esa misma orientación el Tribunal Constitucional Español en sentencia del 8 de junio de 1982, ha sostenido: "Sin que sea necesario un examen pormenorizado de lo que debe entenderse por orden público, es lo cierto que en él pueden incluirse cuestiones como las referentes a la salubridad, para limitarse a lo que aquí interesa, que no entran en el concepto de seguridad, la cual se centra en la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas…"

La sentencia transcrita pareciera pretender darle una mayor amplitud conceptual al orden público, que a la seguridad pública o ciudadana, ya que circunscribe ésta a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano; en cambio, en el orden público vinculado a la actividad de policía entraría, como lo expresaba Hauriou, inclusive la salubridad. En todo caso el mismo Tribunal en una sentencia posterior pareciera reiterar la amplitud señalada al sostener que "el orden público con peligro para personas o bienes … se refiere a una situación fáctica de peligro y, por tanto, al mantenimiento del **orden en sentido material** en lugares de tránsito

público, **no al orden** como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamentos del orden social, económico y político".

En suma, de conformidad con las sentencias transcritas parcialmente, pareciera que el orden público vinculado a la actividad de policía general, comprende a la seguridad pública o ciudadana, y está referido, como decía Hauriou, al orden en sentido material y exterior, y no al orden público concebido como fundamento del Estado. Sin embargo, debe hacerse notar que esta relación entre orden público y seguridad pública o ciudadana planteada en las aludidas sentencias, puede variar atendiendo a la conformación particular de cada ordenamiento jurídico. Pero en lo que sí existe consenso es en que la actividad de policía general aparece articulada sobre la base de prevenir los riesgos y peligros y las perturbaciones a la seguridad ciudadana y el orden públicos.

Por otro lado, cabe señalar la tendencia presente en algunos ordenamientos positivos, a sustituir la expresión "seguridad pública" por "seguridad ciudadana", al punto que la tutela de la seguridad ciudadana como finalidad de la actividad de policía aparece consagrada en la Constitución, como ocurre en el artículo 332 del texto constitucional venezolano. Y en ese sentido la seguridad ciudadana ha sido definida como el grado mínimo de regularidad o normalidad de la convivencia, de la vida comunitaria jurídicamente organizada, la cual resulta protegida mediante medidas preventivas y represivas (PAREJO ALFONSO, 2000).

Desde luego, que ese grado mínimo de convivencia que surge de la vigencia efectiva del ordenamiento jurídico, e incluye ahora el pacífico disfrute de los derechos y garantías constitucionales –de allí la denominación seguridad ciudadana–, puede ser lesionado o roto por cualquier tipo de actuación realizada por los particulares, verbigracia la interrupción de una calle o autopista ("trancazo"), los saqueos en manifestaciones, las manifestaciones violentas, el intento de hurtos o secuestros, los

hechos violentos tendientes a impedir el derecho al sufragio, los hechos violentos que impidan iniciar el procedimiento para solicitar un referendo revocatorio o consultivo (recepción y entrega de firmas).

En todos los ejemplos anteriores es posible inferir que se produce la ruptura del grado mínimo de regularidad o normalidad que permita la convivencia social, lo que constituye una perturbación de la seguridad ciudadana, puesto que se interrumpe la tranquilidad y se obstaculiza el ejercicio de ciertos derechos y garantías constitucionales. Precisamente las medidas destinadas a mantener o a restablecer esa situación mínima de normalidad son la expresión de la actividad de policía general desplegada por la Administración de Policía, las cuales como resulta posible imaginarse, deben estar expresamente consagradas en el ordenamiento, máxime si se tiene en cuenta que todas ellas inciden generalmente sobre los derechos de libertad o libertades públicas, en virtud de que están referidas en términos de Hauriou a un orden externo o material.

En fin, lo que sí debe quedar claro es que la actividad de policía de orden público tiene un carácter general, o mejor universal, en virtud de que incide sobre las actividades de todo orden que se producen en la sociedad, de tal manera que de esa incidencia no estará excluido ningún sector de la sociedad, si en el mismo se produce un quiebre o una ruptura del grado mínimo o de normalidad o regularidad que garantice la convivencia social. En ese orden de razonamiento la acción de la policía podrá incidir, por ejemplo en las Universidades, en las iglesias, en los Ministerios, en las vías públicas, en las fábricas, en las libertades de los ciudadanos etc., siempre y cuando –se insiste– la intención sea mantener o restablecer el referido grado mínimo de normalidad, el cual en realidad se traduce en el denominado orden público. En suma, no existe ámbito de la vida social que esté excluido a priori de la actividad de policía general o policía de orden público (carácter transversal o universal). La doctrina está conteste en afirmar que, si bien esta actividad tiene carácter universal en el sentido indicado,

a su vez detenta en muchos casos un carácter subsidiario, dado que sólo resulta procedente después que actúan las policías especiales (sanitaria, ambiental, de tránsito, etc.), o después que actúan los órganos administrativos que sean competentes.

Finalmente, es preciso señalar que todos los órganos competentes para restringir o limitar los derechos de los particulares realizan una actividad de policía en sentido material, jugando de esa manera el rol de las denominadas policías especiales, pero la única actividad de policía que comporta el uso de la fuerza o la coacción para tutelar la seguridad ciudadana, es la policía en sentido estricto, o policía general, o policía de orden público.

12.3.3.5.2. **Actuaciones de policía general o de seguridad ciudadana y orden públicos**. Reiteramos que la actividad de policía general es la emanada de los órganos competentes para establecer limitaciones o restricciones a los derechos de los particulares, con la finalidad de tutelar la seguridad ciudadana y el orden públicos. Por consiguiente, la Administración competente para lograr esa finalidad emana, de conformidad con el ordenamiento jurídico, distintos tipos de actos, que pueden resumirse así, siguiendo a Parejo, **actos de intervención**, de carácter normativo, como reglamentos, resoluciones, etc., o de efectos particulares, como por ejemplo, cierres de vías, órdenes, prohibiciones, desalojos, etc.; **actuaciones materiales**, como fiscalizaciones, disolución de manifestaciones prohibidas, colocación de obstáculos para impedir el paso de los manifestantes, retirada de vehículos de las vías públicas o de determinados sitios privados, y **actuaciones de ejecución forzosa** de sus actos.

Quizás lo más importante de destacar en estos actos de carácter policial son los de carácter normativo, pues es lógico que si se parte de la existencia de un "poder de policía", o de justificar su existencia, como una prerrogativa extrajurídica de las autoridades de policía, tal como se postuló originalmente con el advenimiento y desarrollo del Estado

Liberal, deba admitirse que están facultados para dictar las denominadas "ordenanzas" y "edictos" de policía, con la finalidad de establecer sanciones para castigar ciertas conductas que se consideran perturbadores de la seguridad ciudadana y el orden públicos.

Tal tesis debe rechazarse en el marco de todo Estado de Derecho, porque como hemos dicho anteriormente, la actuación de la policía general, incide casi siempre sobre los derechos de libertad, especialmente el de la libertad personal, que como es sabido es un derecho fundamental garantizado constitucionalmente, razón por la cual es una materia de reserva legal. Por otro lado, la imposición de sanciones también entra en la esfera de la indicada reserva legal; de allí entonces que la emanación de edictos y reglamentos de policía debe estar proscrita de cualquier ordenamiento jurídico actual. De modo, pues que toda la legislación de policía debe ser de rango legal, y resulta una competencia exclusiva del Parlamento. A lo sumo las Administraciones de la Policía General pueden dictar reglamentos de carácter interno, más que todo organizativos.

En suma, la inexistencia de un "poder de policía" en los términos en que aparecía consagrado en el Estado Liberal, permite concluir que toda la legislación de policía, salvo la concerniente a los reglamentos internos, debe provenir del Parlamento, dejando constancia que las leyes sancionadas por el órgano ejecutivo son susceptibles de ser reglamentadas por el Poder Ejecutivo (reglamentos ejecutivos). Cabe añadir finalmente que DROMI (2000) al especificar los actos que pueden dictar las administraciones de las Policías Generales, señala los siguientes: órdenes, avisos, advertencias, requerimiento o información, autorizaciones y permisos y sanciones.

12.3.3.5.3. **Las denominadas policías especiales**. Reiteramos que en términos generales la actividad de policía de la Administración, se traduce en el establecimiento de limitaciones a los derechos de los ciudadanos, y que pese a las reducciones que ha sufrido el concepto

desde el Estado Absoluto hasta la actualidad, continúa teniendo como objeto un ámbito material muy amplio. En lo tocante al contenido de dicho objeto destaca por su importancia cuantitativa y cualitativa la denominada actividad de policía general o de seguridad ciudadana, coexistiendo al lado de la misma múltiples actividades de limitación u ordenación que ejerce la Administración sobre los ciudadanos en determinados sectores materiales (ambiente, sanidad, vialidad, urbanismo, etc.), que la doctrina ha denominado "policías especiales".

Enseña la doctrina VILLAR EZCURRA (1999), SANDULLI (1974), que esas policías tienen su origen histórico en la ampliación del concepto de orden público, el cual inicialmente tenía como referentes la seguridad, la tranquilidad y la salubridad públicas, según la tesis de Hauriou, debido al producto el crecimiento de los fines de la Administración Pública, como resultado del tránsito del Estado liberal (abstencionista) al Estado Social de derecho (intervencionista). En efecto, en la medida en que el Estado fue ampliando sus fines inherentes a la prestación de servicios públicos en el sector del transporte (ferrocarril), suministros (agua, gas, electricidad), y así sucesivamente, las leyes fueron perfilando una disciplina sobre la intervención de la Administración en la esfera de derechos de los particulares, con la finalidad de lograr la tutela de esos nuevos fines, esto es, garantizar el funcionamiento en determinadas condiciones de normalidad de los servicios públicos.

Por lo tanto, al lado de la actividad de policía general, la Administración va a estar facultada para realizar actividades de policía especial, es decir, limitar coactivamente de ser necesario los derechos de los particulares, de conformidad con las disciplinas sectoriales emanadas del Parlamento. Los autores señalan que esta intervención puede llegar a ser inclusive más intensa que la correspondiente a la actividad de policía general, porque existe un mayor grado de discrecionalidad por parte de la Administración, que se pretende sustentar en la relación de supremacía especial que se configura entre los usuarios de los servicios públicos y la Administración.

Es en el último tercio del Siglo XIX cuando la Administración comienza a desplegar actividades de servicio público en los sectores indicados, comienza a hablarse de policías ferroviarias, sanitaria, de aguas, de minas etc., desde luego, fundamentadas en las correspondientes legislaciones sectoriales. Después de la Primera Guerra Mundial comienza el intervencionismo del Estado en la vida económica, el cual se acentúa al concluir la Segunda Guerra Mundial, razón por la cual el Estado adquiere nuevos fines, que siguen originando legislaciones que conducen a aumentar el número y la calidad de las policías administrativas especiales.

Pues bien, a la luz de los razonamientos anteriores debe quedar claro en el marco de la doctrina que opta por seguir con la denominación de actividad de policía de la Administración o policía administrativa, que existen unas actividades de policía general o de orden público o de seguridad ciudadana, y un conjunto de actividades de policía especial, las cuales también entran en la denominación de policía administrativa, por emanar de la Administración Pública, y sobre todo por estar destinadas a tutelar intereses públicos específicos, que encuentran su fundamentación en determinadas leyes sectoriales: ambiente, sanidad, urbanismo, vialidad, etc. Pero es necesario insistir en que no deben confundirse las actividades de policía general y de policías especiales, ambas administrativas, las cuales aluden a la potestad que tiene la Administración de adoptar medidas que limitan los derechos de los ciudadanos, con **los cuerpos o fuerzas de policías**, que son las organizaciones encargadas de la ejecución material de esas decisiones.

Igualmente es necesario aclarar que algunas actividades de policía especial no difieren sustantivamente de las de policía general, porque igualmente pueden tener como finalidad tutelar la seguridad pública, e inclusive a los fines de la ejecución pueden requerir de cuerpos iguales a los requeridos por la policía general. La diferencia radica en que están sometidas a un régimen jurídico particular, verbigracia, las policías aeroportuarias, ferroviaria, vial, financiera, etc.

En cambio, otras actividades de policía especial, las cuales igualmente tienen su basamento en legislaciones sectoriales, no están dirigidas a la tutela de la seguridad pública, tales como las concernientes al urbanismo, a la tutela de la competencia, al cuidado de los monumentos históricos, a la sanidad, etc.

Finalmente, recordamos que sin necesidad de establecer esas diferencias entre policía general y policías especiales, y las particularidades que pueden presentar algunas de éstas, la doctrina moderna ha optado por eliminar la denominación de actividad de policía, y sustituirla por actividad administrativa de limitación, ordenación o intervención. Será esa la orientación que seguiremos después que examinemos la policía general en Venezuela, por las razones antes expuestas.

12.3.3.5.4. **Los límites a las actividades de policía**. En razón de que las actividades de policía inciden sobre derechos conceptuados por la doctrina como fundamentales, entre otros, la libertad personal, libertad de tránsito, libertad económica, libre desenvolvimiento de la personalidad, etc., la doctrina en forma unánime (GARRIDO FALLA, 1989; SANTAMARÍA PASTOR, 1999, SANDULLI, 1974) coincide en la necesidad de configurar de manera muy clara límites a la actuación de la Administración, entre los cuales cabe mencionar:

a) La reserva legal. Este límite consiste en que toda actividad de limitación (de policía) sobre los derechos de los ciudadanos debe encontrar necesariamente su fundamentación en una norma de rango legal. Se trata, ciertamente de una garantía formal pero constitucional, sustentada en la premisa de que las libertades de las personas, sólo pueden ser objeto de limitación por el Parlamento, excluyéndose de esa manera la posibilidad de que las mismas puedan ser afectadas por el Poder Ejecutivo acudiendo a su producto normativo clave: el reglamento. Ha de advertirse que ello no significa de ninguna manera que la Ley no pueda remitir al reglamentista el desarrollo de ciertos parámetros normativos contenidos en la misma. Sin embargo, en ese caso la validez

de la actuación del Poder Ejecutivo estará condicionada a la subordinación de las normas que dicte, al correspondiente texto legislativo, pues cualquier intento de lograr convertir la actuación reglamentaria de ejecutiva en independiente, subvertiría la garantía de la reserva legal, configurándose de esa manera una clara inconstitucionalidad.

Precisamente esta garantía es la que excluye en el actual Estado de Derecho los denominados "reglamentos" u "ordenanzas" de policía, propios del Estado Absoluto y también del Estado liberal, tal como lo expusimos precedentemente. Es necesario recordar que en Venezuela no existe ninguna norma constitucional que consagre de manera sistemática y global la reserva legal, pues a lo largo de todo el texto constitucional existen remisiones a la Ley formal, que en la mayoría de los casos configuran la reserva legal; no obstante, existe consenso doctrinario y jurisprudencial acerca de que los derechos constitucionales únicamente pueden ser regulados mediante normas de rango legal, y desde luego, como hemos dicho, las actividades de limitación o policía administrativa, inciden fundamentalmente sobre los derechos de libertad, los cuales sin dudas están previstos constitucionalmente; de allí, pues, que podamos afirmar que la reserva legal constituye un claro límite a la actividad de limitación de la Administración Pública. Para afinar más el fundamento normativo de la reserva legal, es preciso destacar que existe un cierto consenso doctrinario acerca de que la norma emblemática consagratoria de esta figura está contenida en el artículo 156, numeral 32, de la Constitución. Igualmente es posible encontrar una fundamentación parcial, puesto que está referida específicamente a la materia sancionatoria y a la materia impositiva, en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

b) El principio de legalidad, fundado sobre la base de la tesis de la vinculación positiva. En realidad la configuración de este límite es una consecuencia de la reserva legal, pues si se ha dicho que únicamente pueden establecerse límites a la libertad y la propiedad en instrumentos normativos de rango legal, es obvio entonces que la Administración sólo

podrá dictar actos limitativos de derechos, cuando así esté previsto en una Ley; no obstante, conviene recordar que el principio de legalidad puede ser sustentado en la tesis de la vinculación positiva o en la tesis de la vinculación negativa.

La primera parte de la base de que todos y cada uno de los actos de la Administración Pública deben estar sustentados en una norma legal, la cual se convierte en la medida de su licitud o de su ilicitud. La segunda parte del principio de todo lo que no está prohibido está permitido, el cual ha sido ejemplificado comparando a la Ley como un círculo, en cuyo ámbito todo comportamiento es lícito, dado que la ilicitud surgirá cuando la administración traspase dicho círculo.

Pues bien, cuando se erige el principio de legalidad en un límite a las actividades de policía o de ordenación, se pretende indicar que la Administración actuará válidamente cuando el referido principio esté sustentado en la tesis de la vinculación positiva, de tal suerte que toda pretensión de colocar la base de sustentación de dichas actividades en la tesis de la vinculación negativa, constituirá un error y conducirá a la nulidad de las mismas. Por supuesto, que en el contexto de la tesis esbozada por Hauriou sobre el "bloque de la legalidad", la actividad de policía debe estar sustentada únicamente en normas de rango legal, y desde luego, si resulta posible en el texto constitucional.

Es preciso recordar que el principio de legalidad, erigido en límite de la actividad de intervención, aparece consagrado en los artículos 137, 259 y 274 de la Constitución de 1999, y en el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001. De modo, pues, que reserva legal y el principio de legalidad, resultan límites infranqueables a la actividad de policía o de limitación desarrollada por la Administración.

c) El principio de proporcionalidad. Como hemos visto, la construcción de los límites anteriores obedece a la necesidad de que toda actividad de policía esté expresamente prevista en un instrumento

de rango legal, pero resulta evidente que esos límites quedarían desvirtuados o desnaturalizados, si la autoridad administrativa utiliza la técnica de intervención (autorización, uso de la fuerza pública, prohibición de manifestación, etc.) de manera excesiva, es decir, sin respetar la debida congruencia que debe existir entre los medios o técnicas utilizados y la finalidad perseguida con su uso. De modo, pues, que el principio en comento, se erige en un límite, porque impone a la Administración el deber de ejercer sus potestades de policía con la debida sindéresis y moderación, adecuando la técnica de intervención correspondiente a los objetivos perseguidos con su uso.

La doctrina ha intentado delimitar las modalidades de este principio, identificando dos clases: de medio a fin, y de equilibro entre los intereses afectados. La primera como su nombre lo indica, impone a la Administración el deber de guardar el equilibrio entre el fin perseguido y los medios o técnicas empleados. Tal modalidad queda reflejada con una frase emblemática utilizada por un autor alemán: "la proporcionalidad consiste en no matar gorriones a cañonazos". La segunda modalidad, consiste en el deber que tiene la Administración al ejercer una actividad de policía de ponderar todos los intereses en juego, y en función de ello actuar con el debido equilibrio. Así por ejemplo, no se ponderarán los intereses si en una ciudad el Alcalde para proteger el ambiente ordena cerrar todas las fábricas de alimentos químicos. O la autoridad competente decide cerrar por un día la única agencia bancaria que existe en un pueblo, sin ponderar los intereses de los usuarios.

En Venezuela es posible derivar ese principio del artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual preceptúa que los actos administrativos que dicte la Administración deben guardar la debida **proporcionalidad y adecuación** con el supuesto de hecho y con los fines de la norma.

d) El principio "favor libertatis". Este principio se traduce en la garantía que obliga a la Administración cuando deba emanar un acto de

limitación o de policía, y la norma en la cual se funde permita optar entre varias alternativas para lograr el fin perseguido con el referido acto, a preferir la alternativa que restrinja menos la libertad individual de los ciudadanos a quienes va dirigido. Por ejemplo, si una norma confiere a la Administración la facultad de optar entre imponer una multa o la inhabilitación temporal para el ejercicio de una profesión, tratándose de una medida de policía, si se atiende al principio en comento, debería escoger la primera. Cabe advertir que la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 14 de agosto de 2002, ha sostenido que el denominado principio del "favor libertatis" está consagrado en el artículo 24, parte "in fine" de la Constitución de 1999.

e) El principio de igualdad ante la Ley. En realidad ésta es una garantía de los ciudadanos válida frente a cualquier tipo de actuación de la Administración Pública, pero como se ha dicho que quizás la actividad de policía es quizás en la que con mayor intensidad se nota la intervención del Estado sobre los derechos de los particulares, se impone con mayor razón el deber de respetar el principio constitucional en comento, recogido en nuestro país en el artículo 21 constitucional, sobre todo en su numeral 1, para la materia que nos ocupa, el cual expresa "Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia, 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social, o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el **reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad**, de los derechos y libertades de toda persona…".

Pese a la vigencia general de este principio dentro de todas las actividades de la Administración Pública, quizás cobra mayor importancia en las denominadas actividades de intervención, en primer lugar, por la importancia de los derechos sobre los cuales incide, y en segundo lugar, porque tal vez se erige en un parámetro operativo para evaluar la actividad de la Administración. Así por ejemplo, si dos ciudadanos en idénticas condiciones solicitan autorización para instalar sendas farma-

cias en la misma zona, y a uno se la conceden y al otro no, objetivamente se puede sostener que se infringió el principio de igualdad, pudiendo tal actuación arbitraria de la Administración, dar lugar, inclusive, a la interposición de una acción de amparo.

Para concluir el punto de los límites a la actividad de policía debe señalarse que en las economías de mercado, presididas por los principios de la libertad de empresa y la libre competencia, el **respeto a la economía de mercado**, se ha erigido en un verdadero límite a la actividad de policía, sobre todo si se tiene en cuenta la creciente incidencia que ésta tiene sobre el sector económico. En esa línea de pensamiento se ha situado el Tribunal Constitucional Español al declarar que "al ser la economía de mercado el marco obligado de la libertad de empresa viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad". Por lo que respecta a nuestro país habría que analizar si es posible derivar dicho límite del artículo 299 constitucional que configura el sistema socioeconómico de la República.

12.3.3.6. **La policía general o de orden público en Venezuela**.

12.3.3.6.1. **Premisa introductoria (La policía de orden público: actividad o servicio público)**. Debemos comenzar señalando que los estudios sistemáticos sobre la actividad de policía realizada por la Administración Pública, resultan en Venezuela casi inexistentes, y podría precisarse que aun en el ámbito jurídico ha privado la tendencia a establecer una equivalencia entre actividad de policía y policía general o de orden público, estando claramente determinado, como lo expusimos precedentemente, que la segunda es una especie de la primera, de tal manera que toda actividad de policía general o de orden público, es actividad de policía, pero no toda actividad de policía, es de policía general. Tal vez debido a esa errónea equiparación en el ordenamiento positivo se haya presentado una cierta confusión entre la actividad de policía y el servicio público de policía, conceptuado orgánicamente.

Conviene recordar que existe una clarísima diferencia entre la actividad de servicio público, como tal, la cual consiste esencialmente en la erogación de una prestación a los ciudadanos directamente por parte de la Administración, o de particulares, mediante concesión o autorización otorgada por los órganos administrativos, para la satisfacción de una necesidad colectiva, y la actividad de policía en sentido lato o actividad de ordenación, que consiste en el establecimiento de limitaciones al ejercicio de los derechos de los ciudadanos, siendo su especie más conocida la policía general, cuyo cometido consiste en tutelar la seguridad ciudadana y el orden públicos.

Sin embargo, debe destacarse que la definición de servicio público enunciada en el párrafo precedente, que es la usual desde el punto de vista doctrinario, tiene un carácter material o sustantivo, pero la doctrina admite también una definición sustentada en el elemento organizativo que eroga la prestación, produciéndose de esa manera un concepto de servicio público **en sentido orgánico**. En la actualidad, si bien no es frecuente encontrar en los instrumentos normativos la expresión servicio público en el sentido indicado, ello no significa que deba excluirse esa posibilidad. Pero cuando ello ocurre suelen presentarse confusiones en el intérprete, debido a que como hemos dicho priva el uso en sentido sustantivo o material. Por tanto, en esos casos se impone escrutar la ratio de la norma, desde luego, teniendo muy cuenta los dos sentidos de la expresión, para inferir correctamente la "voluntad legis".

Esa confusión (entre actividad de policía y servicio público en sentido material) pareciera haberse reflejado en el texto constitucional, tanto en el derogado como en el vigente, los cuales al enumerar las competencias de los Estados, incluían e incluyen dentro de las mismas a la actividad de policía. Efectivamente el artículo 17, ordinal 5° de la Constitución de 1961, expresaba "Es de la competencia de cada Estado 1. Omissis 5. La organización de la **policía urbana y rural** y la determinación de las ramas **de este servicio** atribuidas a la competen-

cia municipal, y el artículo 164, numeral 6, de la Constitución de 1999 estatuye "Es de la competencia exclusiva de los Estados: 1. Omissis 6. La **organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas** a la competencia municipal, conforme a la legislación nacional aplicable".

De conformidad con el desarrollo doctrinario antes expuesto, pese a la dicción de las normas transcritas –ahora el artículo 164, numeral 6,– que es objeto de nuestro interés, la expresión servicio público debe ser interpretada en sentido orgánico, es decir, como organización, o mejor dicho, como cuerpos o fuerzas policiales. Y no dudamos en considerar que esa es la tesis hermenéutica correcta, porque tanto en la Constitución derogada como en la vigente, en los correspondientes preceptos normativos quedaba y queda claro que su referente era y es la policía general o de orden público, o policía de seguridad ciudadana, como pasamos a intentar demostrarlo seguidamente.

12.3.3.6.2. **La policía general o policía de orden público: único objeto de regulación de la Constitución de 1999.** Pasamos ahora a esclarecer el sentido de la actividad de policía regulada en el texto constitucional, para lo cual resulta necesario transcribir las disposiciones pertinentes, a saber: el artículo 156, numeral 6, que preceptúa "Es de competencia del Poder Público Nacional: 1. Omissis. 6. La policía nacional" ; el artículo 164, num. 6, que estatuye "Es de la competencia exclusiva de los Estados: 1. Omissis, 6. La organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, conforme a la legislación nacional aplicable"; y el artículo 178, numeral 7, que establece "Son de la competencia del Municipio el gobierno y administración de sus intereses… y el mejoramiento, en general, de las condiciones de vida de la comunidad, en las siguientes áreas: 1. Omissis. 7. Justicia de paz, prevención y protección vecinal y **servicios de policía municipal**, conforme a la legislación nacional aplicable.

A los anteriores esquemas normativos debe añadirse el artículo 332 constitucional que consagra ex novo el concepto de seguridad ciudadana, cuando expresa, en un sentido muy amplio, que es la actividad destinada a "mantener y restablecer el orden público, proteger a los ciudadanos y ciudadanas, hogares y familias, apoyar las disposiciones de las autoridades competentes y asegurar el pacífico disfrute de las garantías y derechos constitucionales". Para el logro de ese cometido dispone que el Ejecutivo Nacional debe organizar un **cuerpo de policía nacional**, atendiendo a los parámetros normativos consagrados en una Ley que debía dictar la Asamblea Nacional dentro del término de un año, contado a partir de su instalación (D.T. cuarta, num. 9).

A la luz de los dispositivos transcritos y citados, es posible afirmar que por lo menos la policía nacional a que alude el artículo 156, numeral 6, constitucional, es la policía general, mejor conocida como de orden público, en primer lugar, porque si pudiera surgir alguna duda derivada de la expresión policía nacional contenida en esa norma atributiva de competencia al Poder Nacional, en virtud de que perfectamente podría estar referida a toda la actividad de policía en el marco del referido Poder, la propia Constitución se encarga de disiparla, cuando en el artículo 332, num. 1, y en la Disposición transitoria cuarta, num. 9, ordena la organización o creación de un **cuerpo de policía nacional**, es decir, una fuerza policial que será la encargada de ejecutar las decisiones dictadas por los órganos administrativos competentes en materia de policía general.

No obstante, podría argumentarse que nada obsta para que se cree un cuerpo de policía para que ejecute todos los actos dictados por la Administración de limitación o de policía, razón por la cual, si bien ese cuerpo podría tutelar a la seguridad ciudadana, también podría ejercer las funciones propias de las denominadas policías especiales (sanitaria, ambiental, vial, etc.). Una argumentación de ese tenor no dejaría de tener fundamento, pero siempre y cuando se ignorase el encabezamiento del artículo 332 de la Constitución, que define en un sentido muy

amplio, como se expresó precedentemente, lo que debe entenderse por **seguridad ciudadana**, cuya tutela constituye, por disposición de ese mismo precepto, el cometido básico, y diríamos que único del Cuerpo de Policía Nacional.

De modo, pues, que cuando se armonizan los artículos 156, num. 6, 332, encabezamiento y numeral 1, y la disposición transitoria cuarta, numeral 9, para formular una tesis interpretativa acerca del concepto de policía recogido por la Constitución de 1999, resulta forzoso concluir que el mismo atiende al de policía general o de orden público; y por tanto, excluye al de policía especial, dado que encuadra perfectamente el sentido orgánico (cuerpo, organización), con el objetivo o finalidad que a ese cuerpo le asigna claramente la Constitución, esto es, la tutela de la seguridad ciudadana. En otros términos, el texto constitucional teje el concepto de policía articulando el servicio público de policía (cuerpo, organización), con el objetivo único que debe perseguir: la seguridad ciudadana. Y lo hace con tal precisión que dificulta muchísimo la formulación de una tesis que pretendiera extender la actividad de policía más allá del ámbito material de la seguridad ciudadana, es decir, a las policías especiales.

A esta misma conclusión se llega cuando se analizan los dispositivos que atribuyen la competencia en materia de policía a los Estados y Municipios, aunque como expresamos antes, debido a que ambos utilizan la expresión "servicios de policía", que como ya dijimos tiene como referente el sentido orgánico, razón por la cual el mandato constitucional alude a la creación de cuerpos de policía o fuerzas de policía, lo que de por sí revela en el marco de la práctica venezolana, que dichas policías tienen que ser generales o de orden público, excluyéndose en esa primera aproximación interpretativa a las policías especiales. No obstante, resulta esencial traer a colación el artículo 332, parte "in fine" constitucional, que prescribe "**La función de seguridad ciudadana** constituye una competencia concurrente con los Estados y Municipios en los términos establecidos en esta Constitución y en la Ley".

Pues bien, cabe recordar la definición de seguridad ciudadana contenida en el encabezamiento de ese mismo artículo, la cual, como ya vimos, encaja perfectamente con el objetivo que debe perseguir una policía general o de orden público, o si se quiere de seguridad ciudadana. De modo, pues, que resulta elemental la inferencia, tal como pasamos a delinearla: si el cuerpo de policía nacional debe reputarse como ejecutor de una actividad de policía general o de orden público, en tanto en cuanto su cometido fundamental es tutelar la seguridad ciudadana, y si esta función constituye una competencia concurrente con los cuerpos policiales estadales y municipales, debe concluirse forzosamente que la actividad que ejecutan dichos cuerpos, también es **policía general o de orden público**.

Por lo demás tal posición encuentra respaldo –y desarrollo el mencionado precepto constitucional– en el Decreto Ley de Coordinación de Seguridad Ciudadana, de fecha 6 de Noviembre de 2001, en cuyo artículo 2°, numerales 2 y 3, aparecen mencionadas las policías de los Estados y los Municipios como órganos de seguridad ciudadana. Por otra parte, la misma denominación del referido texto legislativo indica, y así se comprueba del examen de su articulado, que la regulación de la figura de la coordinación obedece precisamente a que las policías de los tres niveles territoriales deben tutelar la seguridad ciudadana.

Consideramos muy importante subrayar que el desarrollo argumental para llegar a la conclusión anterior ha sido construido básicamente atendiendo a las normas constitucionales que aluden a las fuerzas o cuerpos de policía, todos de policía general, a partir de las cuales pudimos inferir que si dichos cuerpos son de esa naturaleza, entonces las actividades que les corresponde ejecutar son también de policía general. De todas maneras, el artículo 332, al regular la función de seguridad ciudadana, y estatuir que es una competencia concurrente del Poder Nacional, los Estados y los Municipios, al igual que el 156, numeral 6, referido a la policía nacional, permite colegir sin ningún tipo de dudas que la potestad de dictar actos de policía general, sin

necesidad de inferirla de los otros artículos citados, está expresa y directamente consagrada en el texto constitucional.

Desde luego, que será el examen de las leyes y los actos con rango de ley emanados de los órganos competentes de los distintos entes territoriales, el que permitirá determinar cuáles son los órganos encargados de dictar actos de policía general, o de limitación de los derechos ciudadanos en ese ámbito, y cuáles son esos actos. No es difícil imaginarse que en primer orden figurarán el Ministro del Interior y Justicia, los Gobernadores de Estado y los Alcaldes, así como otros órganos desconcentrados de la República, Estados y Municipios, correspondiendo a los cuerpos de policía –insistimos– su ejecución.

12.3.3.6.3. **Naturaleza de la actividad de policía que puede llegar a ejercer la Fuerza Armada Nacional**. El artículo 329 de la Constitución establece: "El Ejército, la Armada y la Aviación tienen como responsabilidad esencial la planificación, ejecución y control de las operaciones militares para asegurar la defensa de la Nación. La Guardia Nacional cooperará en el desarrollo de dichas operaciones y tendrá como responsabilidad básica la conducción de las operaciones exigidas para el mantenimiento del orden interno del país. **La Fuerza Armada Nacional podrá ejercer las actividades de policía administrativa y de investigación penal que le atribuya la Ley**". La disposición transcrita suscita varias interrogantes, pero en lo tocante al desarrollo de nuestro tema, corresponde, en primer lugar, esclarecer si la expresión "policía administrativa", reviste un sentido amplio o equivalente a todas las actividades de limitación (incluyendo las actividades de policías especiales), o sencillamente constituye una redundancia, porque como hemos dicho, toda actividad de policía por definición es administrativa, razón por la cual en el contexto normativo pretende referirse exclusivamente a actividades de policía general; en segundo lugar, determinar cuándo puede ejercer la Fuerza Armada Nacional actividades de policía administrativa y de investigación penal; y en tercer lugar, si el orden interno, cuyo mantenimiento es el objetivo básico de la

Guardia Nacional, se corresponde con el orden público que entra en el concepto de seguridad ciudadana.

Estimamos que en el precepto constitucional la expresión policía administrativa, en estricta puridad jurídica, constituye una redundancia formal, no obstante, expresa correctamente la noción conceptual de policía, porque insistimos en que toda actividad de policía es administrativa. Sin embargo, es necesario precisar que debe contornearse el significado del término, pues de admitirse que está referido al género, esto es, a la potestad de la Administración, en sus diversos sectores (económico, bancario, sanitario, ambiental, etc.) de limitar los derechos de los particulares, habría que aceptar en consecuencia, el carácter de Administración Pública paralela de la Fuerza Armada Nacional, lo que además de absurdo, lógicamente resulta excluido categóricamente por la finalidad que le asigna el artículo 328 ejusdem, esto es, "garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional, de acuerdo con esta Constitución y con la ley…".

Y resulta excluido porque de la sola lectura del dispositivo transcrito parcialmente, se colige que la finalidad fundamental de la Fuerza Armada Nacional es asegurar la soberanía e independencia de la Nación, mediante la defensa militar, no pudiendo, por consiguiente, desarrollar otras actividades fuera de su esfera de competencia. De modo, pues, que constitucionalmente la Fuerza Armada está impedida de realizar actividades de policía administrativa, salvo las que se derivan de su propia organización estructural, vale decir, de cuerpo armado, que no puede ser otra que la actividad de policía general o de orden público, de tal suerte que la ley o las leyes sólo podrán atribuirles a los componentes de la Fuerza Armada funciones de policía general.

Insistimos en que esta tesis encuentra respaldo en la estructura de cuerpo armado que reviste cada uno de los componentes de la Fuerza

Armada Nacional. Por lo demás así se desprende del artículo 27 del Decreto ley de Coordinación de Seguridad Ciudadana, que desarrolla el artículo 329 Constitucional, en la parte que faculta a la Fuerza Armada Nacional para ejercer actividades de policía administrativa y de investigación penal que le atribuya la ley. El mencionado dispositivo legal pauta "Cuando la Guardia Nacional o cualquiera de los componentes de la Fuerza Armada Nacional cumplan funciones de **seguridad ciudadana**, se regirán por el presente decreto y serán funcionalmente dependientes de la respectiva autoridad de seguridad ciudadana".

De modo, pues, que todo apunta hacia la idea que la única función de policía administrativa que puede realizar la Fuerza Armada Nacional, es la de policía general o de orden público, cuando así esté previsto en la Ley. Por tanto, pareciera contrario al espíritu de la Constitución, que mediante Ley se le atribuyan competencias de policías administrativas especiales, en el campo económico, sanitario, de espectáculos públicos, ambiental, deportivo, de extranjeros, etc. Desde luego, que también puede realizar las funciones de policía judicial que le atribuya la ley, y en ese sentido vale señalar que el artículo 12 del Decreto ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas la erige en órgano con competencia especial en las investigaciones, cuando por intermedio de alguno de sus componentes estuviere ejerciendo funciones de investigación de delitos en el ámbito de sus atribuciones legales (la Guardia Nacional en materia de drogas, según la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas). También al igual que todos los cuerpos de policía de seguridad ciudadana, puede la Fuerza Armada Nacional actuar como órgano de apoyo de investigación penal, tal como lo preceptúa el artículo 14, numeral 11, del citado Decreto ley de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.

No nos cansamos de reiterar la diferencia entre actividad de policía administrativa, general o especial, y los cuerpos o fuerza de policía, pues ella es la que explica que estos cuerpos, incluyendo de manera excepcional a los componentes de la Fuerza Armada Nacional,

puedan llevar a cabo la ejecución de los actos de limitación de derechos o de policía dictados por los órganos competentes de la Administración en los distintos ámbitos materiales que le corresponde atender, en los cuales entran, desde luego, las actividades de policías especiales. Así, un cuerpo de policía municipal o la Guardia Nacional, pueden actuar, por ejemplo, para cerrar coactivamente un local de juegos, o para cerrar un comercio que viole las normas de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Pero debe quedar claro que se trata de actos materiales o de ejecución de las órdenes de cierre emanadas de los órganos competentes de policía administrativa.

De allí, que en principio cuando la Guardia Nacional realiza actividades en materia ambiental, vial y fiscal, desde luego, que las mismas son de policías administrativas especiales, pero enteramente de **ejecución**. Somos del criterio que la expresión "policía administrativa", contenida en el artículo 329 constitucional, impide al legislador otorgarle competencias a la Fuerza Armada Nacional, para que dicte actos de limitación de derechos (o de policía administrativa especial) a los ciudadanos, verbigracia, ordenar la clausura de una casa de juegos que tenga el permiso correspondiente.

Pensamos que la tesis esbozada puede ser susceptible de objeciones derivadas de la práctica que ha imperado en Venezuela en materia de ciertas actividades de policías especiales realizadas especialmente por la Guardia Nacional, (fiscal, ambiental, vial, de protección al consumidor, etc.), pero es necesario entender que en el marco constitucional vigente, esas actividades deben estar limitadas a la ejecución de los actos dictados por las autoridades competentes civiles. Sin embargo, no desconocemos que la literalidad de la disposición constitucional examinada (art. 329, en lo tocante a las funciones de policía administrativa por parte de la FAN), puede dar lugar a tesis interpretativas contrarias. Así lo entendió el constituyente Brewer durante la sesión de la Asamblea Nacional Constituyente en que fue discutida la referida disposición (9-11-99), razón por la cual propuso la supresión de la misma.

En conclusión, la actividad de policía administrativa que puede desplegar válidamente la Fuerza Armada Nacional (todos sus componentes), es la concerniente a la de policía general o de orden público, caso en el cual debe depender funcionalmente de la autoridad civil competente de seguridad ciudadana. Así lo dispone la Ley correspondiente (art. 27), y es la orientación recogida en el Proyecto de Ley del Cuerpo de Policía Nacional presentado ante la Asamblea Nacional. También puede realizar actividades de policía administrativa especial, básicamente la Guardia Nacional, pero sólo en su carácter de ejecutores de las decisiones de los órganos competentes de policía. Hacemos constar que esta tesis la sustentamos a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, motivo por el cual habrá que examinar el derecho preconstitucional, para determinar si el mismo se ajusta a la que consideramos la "ratio" del artículo 329 de la Carta Magna.

Es posible que del examen de ese derecho pueda comprobarse que en el mismo se hayan otorgando competencias de policía administrativa especial a la Guardia Nacional, que le permitan dictar verdaderas decisiones de policía administrativa, lo que impondría revisar la compatibilidad constitucional de los correspondientes esquemas normativos atributivos de esas competencias, utilizando a tal fin la disposición derogatoria única de la Constitución.

En cierto sentido al responder la primera interrogante que nos formulamos, respondimos indirectamente la segunda, concerniente a cuándo puede ejercer la Fuerza Armada Nacional actividades de policía administrativa y de investigación penal, en virtud de que dijimos, que en el ámbito de la policía administrativa, únicamente está facultada para desarrollar actividades de policía general, y de ejecución de policías administrativas especiales, e igualmente puede desplegar actividades de policía de investigación penal. Pero para ello se requiere necesariamente que un instrumento normativo de rango legal, le atribuya expresa y explícitamente esas competencias, que es lo que ocurre en la Ley Orgánica de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas, para el caso de

investigación penal en la materia que regula dicho texto legislativo, e indirectamente en el artículo 27 del Decreto ley de Coordinación de Seguridad Ciudadana, desde luego, en materia de seguridad ciudadana.

No son esas dos únicas leyes las que pueden asignar competencias en materia de policía a la Fuerza Armada Nacional, pues es posible que la asignación de esa atribución esté contenida en otros legislativos. En ese orden de ideas consideramos que necesariamente debe aparecer una regulación en una Ley que pretenda disciplinar la organización del Cuerpo de Policía Nacional contemplado en la Constitución, y así lo entendieron los proyectistas cuando redactaron el proyecto que cursa en la Asamblea Nacional, al incluir varios artículos destinados a deslindar las competencias en esa materia de ambos cuerpos armados.

Pero es necesario destacar que, independientemente de que una Ley le asigne competencias en materia de policía general a la Fuerza Armada Nacional, y de esta manera abordamos la tercera pregunta que nos formulamos al principio de este acápite, atinente al concepto de orden interno, que es la propia Constitución el instrumento normativo que le atribuye a la Fuerza Armada Nacional (todos sus componentes), el deber de cooperar en el **mantenimiento del orden interno**. En efecto, el citado artículo 328 constitucional, prescribe que la finalidad de la Fuerza Armada Nacional es "garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico", siendo uno de los medios para lograrlo la cooperación en el mantenimiento del orden interno. Por otra parte, el artículo 329 ejusdem, establece que la responsabilidad básica de la Guardia Nacional es la conducción de las operaciones exigidas para el mantenimiento del orden interno del país.

Ahora bien, el examen del Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente, revela que la expresión orden interno es equivalente a orden público en los términos expuestos precedentemente. Así se desprende de la intervención de varios constituyentes en la sesión en que fue discutido el hoy artículo 329 constitucional (09-11-99), entre

las cuales destacamos la de Antonio Rodríguez, quien al tratar de justificar el rol que en dicho precepto se le atribuye a la Guardia Nacional afirmó "En el esquema de organización de las Fuerzas Armadas para ayudar a **controlar el orden público**… la Guardia Nacional tiene la responsabilidad de colaborar en el mantenimiento del **orden interno**, sin embargo, la función de orden público principal es de la policía civil".

Por tanto, resulta concluyente que la atribución de policía general o de orden público a todos los componentes de la Fuerza Armada Nacional no requeriría estar consagrada expresamente en una Ley, pues se deriva directamente de los artículos 328 y 329 de la Constitución, lo que no obsta para que pueda ser desarrollada en un texto legislativo. Es preciso advertir que los dispositivos citados se encargan de graduar el orden de aplicación de esta competencia, pues en primer lugar, establece que la misma se traduce en una cooperación con la policía civil, y en segundo lugar, coloca como una de las finalidades básicas de la Guardia Nacional la conducción de las operaciones exigidas para el mantenimiento del orden interno en el país, lo que no significa que ese sea el único componente facultado para realizar dicha función, ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 constitucional, todos los componentes pueden ejercerla, pero en el orden establecido en el denominado Reglamento de Guarnición, esto es, que en caso de desbordamiento de las fuerzas policiales civiles (ruptura o alteración grave del orden público o interno), debe actuar, en primer lugar, el componente Guardia Nacional, y sólo cuando ésta a su vez es desbordada, entran los otros componentes de la Fuerza Armada Nacional a cooperar con el mantenimiento o restablecimiento del orden público.

En conclusión, el orden interno, en cuyo mantenimiento están obligados a cooperar todos los componentes de la Fuerza Armada Nacional, es equivalente a orden público, cuya tutela es el objetivo primordial de la policía general, pero como se trata de una cooperación con las fuerzas policiales civiles, tal actuación procede única-

mente cuando éstas son desbordadas, siguiendo un orden de intervención que comienza con la Guardia Nacional, y continúa, de ser necesario, con todos los restantes componentes. Por cierto que estas pautas de actuación, como hemos visto, están expresamente previstas en la Constitución, y cualquier incumplimiento a las mismas, puede originar responsabilidad para el funcionario militar o civil, que las irrespete. Así por ejemplo, si un Comandante Militar acuerda sacar el ejército a la calle, sin que se configure el presupuesto hecho indicado (desbordamiento de la Guardia Nacional), incurrirá en una infracción legal y constitucional.

12.3.3.6.4. **El concepto de seguridad ciudadana en la Constitución de 1999, como finalidad básica de la policía general**. En razón de que hemos dicho que la policía general tiene como finalidad esencial la protección de la seguridad y el orden públicos, en los términos expuestos precedentemente, corresponde ahora determinar si la Constitución de 1999, aun manteniendo el concepto de policía general, modifica esa finalidad. En ese orden de ideas, observamos que el texto constitucional erige como finalidad de la policía general la tutela de la **seguridad ciudadana**, lo que a simple vista pudiera considerarse un simple cambio de denominación: seguridad y orden públicos, por seguridad ciudadana. No obstante, es necesario subrayar que no se trata de un simple cambio de nombre, sino de una verdadera innovación conceptual, puesto que en esa perspectiva, la seguridad ciudadana es consagrada como un **derecho civil** en el artículo 55 constitucional, que preceptúa "Toda persona tiene derecho a la protección por parte del Estado, a través de los órganos de **seguridad ciudadana** regulados por la ley, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad, o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes.

La participación de los ciudadanos y ciudadanas en los programas destinados a la prevención, seguridad ciudadana… será regulada por una ley especial".

Por otra parte, el artículo 332, que por cierto es el único que integra el Capítulo IV, denominado “De los órganos de Seguridad de la Nación”, del Título VII de la Constitución que recibe el nombre “De la defensa de la Nación”, el cual como su nombre lo indica está destinado a sentar los principios básicos sobre la naturaleza, organización y finalidad de los mencionados órganos, contiene en su encabezamiento una disposición que complementa el precepto antes transcrito (art. 55), que estatuye “El Ejecutivo Nacional, para mantener y restablecer el **orden público**, proteger a los ciudadanos y ciudadanas, hogares y familias, apoyar las decisiones de las autoridades competentes y asegurar el pacífico disfrute de **las garantías y derechos constitucionales**, **de conformidad con la ley organizará...**

El análisis concordado de los preceptos constitucionales transcritos revela, en nuestro criterio, que el constituyente consagró un concepto realmente novedoso de seguridad ciudadana, por las siguientes razones:

a) Supera los conceptos tradicionales de seguridad pública, entendida como actividad dirigida a la protección de las personas y de sus bienes y al mantenimiento de la tranquilidad ciudadana, y al orden público, conceptuado como orden material y externo en los términos expuestos por Hauriou, que eran las variables sobre las cuales se articulaba el concepto de policía general. En efecto, la seguridad ciudadana contemplada en la Constitución, ciertamente abarca a la seguridad pública y al orden público, inclusive a éste lo menciona expresamente en el artículo 332, debido a que añade la actividad desplegada por los órganos competentes para asegurar el **pacífico disfrute de las garantías y derechos constitucionales**, la cual resulta absolutamente ignorada en los conceptos tradicionales de seguridad y orden públicos, y desde luego, en las potestades de policía general; igualmente adiciona el apoyo a las decisiones emanadas de las autoridades competentes.

b) Al consagrar como un derecho constitucional a la seguridad ciudadana en los términos antes expuestos, amplía el espectro del derecho a la tutela judicial efectiva de las personas, en virtud de que ahora resulta posible solicitar el amparo de ese derecho cuando exista una amenaza a sus bienes, o a otros derechos constitucionales, por ejemplo, la derivada de manifestaciones violentas, de represalias de grupos políticos, como la formulada recientemente por los medios de comunicación ante la realización de un denominado paro cívico, por una dirigente comunal traducida en la consigna “negocio cerrado negocio saqueado”. En esos casos más que invocar la tutela del derecho a la propiedad, que también puede incluirse en el libelo, la solicitud de protección constitucional deberá estar fundamentalmente sustentada en el artículo 55, en concordancia con el artículo 332, ambos de la Constitución.

Es indudable que el nuevo concepto de seguridad ciudadana como finalidad de la policía general, al ser consagrada como un derecho en la propia Constitución, inexistente como tal en la Constitución de 1961, debe incidir de manera importante en el concepto de policía general, máxime si se tiene en cuenta que el mismo artículo 55, de alguna manera rompe con el monopolio que tradicionalmente ejercía la Administración en materia de seguridad y orden públicos, para conferirle a los ciudadanos el derecho a participar en los programas de prevención y de seguridad ciudadana;

c) El concepto de seguridad ciudadana se inscribe dentro de una finalidad general, basada en la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil, como es la **defensa de la Nación**.

Entendemos que de alguna manera los órganos competentes deberán insertar los planes de seguridad ciudadana en el marco de los Planes Generales de la defensa de la Nación, máxime si se tiene en cuenta que el Ministro del Interior y Justicia, quien ejerce la presidencia del Consejo de Seguridad y la coordinación de los órganos de

Seguridad Ciudadana, integra el Consejo de Defensa de la Nación, que de conformidad con el artículo 323 constitucional, y el artículo 37, numeral 1, de la novísima Ley Orgánica de Seguridad de la Nación, es el órgano competente para asesorar en la elaboración de dichos planes. Desde luego, que tornar operativo este nuevo concepto de seguridad ciudadana no resultará una tarea sencilla, pues deberán superarse los viejos esquemas, muchas veces teñidos de rasgos represivos, de seguridad y orden públicos, que tradicionalmente han sido considerados el norte de la Administración de policía general, y sobre todo de los cuerpos y fuerzas de policía.

d) El concepto nuevo, amplio e integral de seguridad ciudadana, como hemos dicho, supera los de seguridad pública y orden públicos, pero pareciera que nuestros legisladores, y seguramente los administradores correspondientes, no han logrado entenderlo todavía en toda su dimensión, y la mejor demostración de esa carencia quedó reflejada en el artículo 1, del Decreto ley de Coordinación de Seguridad Ciudadana, el cual reduce, siguiendo el esquema tradicional, a la seguridad ciudadana, a seguridad y orden públicos, en virtud de que omite pese al carácter postconstitucional del mencionado texto legislativo, las piezas básicas sobre las cuales se monta el nuevo concepto de seguridad ciudadana (apoyo a las decisiones de las autoridades competentes y pacífico disfrute de las garantías y derechos constitucionales). En efecto, el artículo 1°, segundo aparte, del aludido Decreto ley establece "…**Se entiende por seguridad ciudadana**, el estado de sosiego, costumbre y confianza que debe proporcionarse a la población residente o de tránsito, mediante acciones dirigidas a **proteger su propiedad física y sus propiedades**". Queda claro entonces que se requiere un esfuerzo por parte de los legisladores y de los administradores para tornar realmente operativo el nuevo concepto de seguridad ciudadana, de lo contrario se corre el riesgo de limitarse a los indicados elementos tradicionales.

Por último, debemos aclarar que la función de seguridad ciudadana no es competencia solamente de la Administración y cuerpos de

policía general, sino que por disposición del citado artículo 332 constitucional, dicha competencia debe ser ejercida igualmente por el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, en lo tocante a la investigación y represión de los delitos, labor, dicho sea de paso, en la cual pueden colaborar los cuerpos de policía general de los distintos entes territoriales.

También la seguridad ciudadana entra en la esfera de competencia de los cuerpos de bomberos y administración de emergencias de carácter civil y la organización y protección civil de desastre. Sin embargo, como la actividad de policía general tiene un carácter esencialmente preventivo, y excepcionalmente represivo, no debe caber ninguna duda de que ésta constituye el mayor componente de las actividades inherentes a la función de seguridad ciudadana. Por esa razón resulta concluyente que la protección de la seguridad ciudadana es la finalidad fundamental de la Administración de policía general, y por ende, también de los cuerpos y fuerzas de policía de esta naturaleza.

12.3.3.6.5. **La repartición competencial en materia de policía general**.

12.3.3.6.5.1. **La preeminencia en el Derecho positivo nacional de la legislación sobre cuerpos de policía general, sobre la legislación sobre la actividad de policía general**. Es muy importante reiterar la tendencia que ha predominado en Venezuela a privilegiar el concepto de policía en sentido orgánico, es decir, como cuerpos o fuerzas de policías, sobre el concepto de policía en sentido material, o sea, como actividad, lo que revela un error en el planteamiento general del asunto, pues sin actividad de policía general no es posible predicar la existencia de cuerpos o fuerzas de policía, dado que la primera se traduce en la emanación de actos que restringen o limitan los derechos de los particulares, y la segunda, en términos generales, en la ejecución de esos actos. Por tanto, no sólo parece, sino que resulta lógico que la formulación fundamental esté referida a

la mencionada actividad de policía general, pero, como hemos dicho, tradicionalmente se ha producido una inversión en el orden de la legislación, y quizás sea mejor decir, prácticamente se ha ignorado la materia concerniente a la actividad de policía, y únicamente se ha legislado parcialmente sobre cuerpos de policía.

Quizás esa tendencia tenga su origen en el poco o casi ningún desarrollo doctrinario que en lo tocante al contenido de la actividad administrativa, y más concretamente sobre la actividad de policía, se constata en el país, lo que ha conducido a colocar el acento en la legislación sobre los cuerpos de policía, porque son los que en definitiva deben aproximarse a los ciudadanos para ejecutar los actos de policía, y en general realizar los actos materiales o técnicas de vigilancia o de prevención, así como los de represión. Y como también lo hemos hecho notar, esa actuación en una gran cantidad de casos incide sobre derechos fundamentales de los ciudadanos, entre otros el de la libertad personal y el de propiedad. Dado el carácter altamente sensible de esas actuaciones, es fácil imaginarse la necesidad de establecer reglas a la misma, restándole de esa manera importancia a la que debe reputarse la actividad fundamental: La actividad de policía.

La tesis que se termina de exponer, es posible derivarla, inclusive, del propio texto de la Constitución, siendo esa la misma orientación que privaba en la Carta Magna de 1961, en la cual se conceptuaba a la policía como un servicio (art. 17, ordinal 5°, 30 encabezamiento, y 136, ordinal 5°), es decir, como organización o cuerpos policiales. Y al parecer los constituyentes de 1999 sin percatarse de la inversión doctrinaria recogida en la Constitución derogada, se limitaron prácticamente a repetir dicha normativa, con la particularidad, como veremos más adelante, que introdujeron el concepto de seguridad ciudadana, calificándolo además como una competencia concurrente del Poder Nacional con los Estados y los Municipios.

En efecto, en cuanto concierne a la policía, el artículo 156, numeral 6, prescribe que “Es de la competencia del Poder Público

Nacional: 1. Omissis 6. La policía nacional"; el artículo 164 estatuye que "Es de la competencia exclusiva de los Estados: 1. Omissis. 6. La organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, conforme a la legislación nacional aplicable"; y el artículo 178 dispone que "Son de la competencia del Municipio… y el mejoramiento en general, de las condiciones de vida de la comunidad, en las siguientes áreas: 1. Omissis. 7. Justicia de paz, prevención y protección vecinal y **servicios de policía municipal**, conforme a la legislación nacional aplicable".

El examen concordado de las disposiciones transcritas revela que la Constitución pretende regular a la policía en sentido orgánico u organizativo, esto es, como servicio, pues así se desprende claramente de los preceptos que otorgan la competencia a los Estados y los Municipios, cuando aluden claramente a la "organización de la policía" y a los "servicios de policía". Es cierto que en el caso del artículo 156, numeral 6, pueden surgir dudas debido a que la competencia es atribuida en abstracto, sin especificar ni aludir al sentido material o al sentido orgánico de la misma, al utilizar expresión "La policía nacional", razón por la cual el legislador al desarrollar dicho precepto podría hacerlo en los dos sentidos antes indicados, e incluir en el texto legislativo correspondiente normas destinadas a regular tanto a la actividad de policía general, como a los cuerpos o fuerzas de policía. Sin embargo, esta tesis interpretativa, pareciera quedar descartada con la Disposición Transitoria cuarta, numeral 9, que ordena a la Asamblea Nacional dictar Ley del **cuerpo de policía nacional** en el plazo de un año, contado a partir de la instalación de ese órgano parlamentario.

En realidad esta disposición transitoria pareciera acotar constitucionalmente el concepto de policía nacional recogido en el artículo 156, numeral 6, a su sentido orgánico, o mejor dicho de servicio de policía, excluyendo de esa manera el sentido material. Quizás haya privado en los redactores de esa disposición precisamente la tendencia imperante durante mucho tiempo en el ordenamiento jurídico, mencionada en este

acápite, de hacer prevalecer, también por las razones antes expuestas, la legislación de los cuerpos de policía, sobre la legislación de actividad de policía. Por supuesto que la prevalecencia de la señalada tendencia complica bastante el trabajo futuro de los legisladores cuando pretendan revertirla, pues implica la inexistencia de fundamentos constitucionales claros y categóricos al respecto. No obstante, la reversión constituye una verdadera necesidad y habrá que encararla con la urgencia del caso, en virtud de que no existen instrumentos normativos que regulen de manera sistemática la actividad de policía. A lo sumo en las leyes estadales y en las ordenanzas municipales que sirven de base a los respectivos cuerpos de policía, pueden encontrarse normas dispersas sobre esta materia.

Debemos señalar que la aludida acotación constitucional en el contexto de la doctrina del Derecho Comparado acerca de la actividad de policía general de la Administración Pública, no impide, en estricta puridad hermenéutica, la sanción de una ley que discipline la mencionada actividad, pero desde luego, que la aceptación de esta postura pasa por superar, o mejor revertir, como expresamos antes, el esquema o la tendencia que priva en esta materia en el ordenamiento jurídico venezolano.

12.3.3.6.5.2. **El carácter concurrente de la actividad de policía general y de la seguridad ciudadana**. Cabe comenzar señalando que la Constitución de 1999, monta una de las denominadas modalidades de descentralización territorial, sobre la base del concepto de competencia concurrente, ignorado en la Constitución de 1961, pero rescatado por la doctrina y consagrado en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público que rigió el proceso de descentralización iniciado en 1989, la cual resultó afectada por la modalidad de inconstitucionalidad sobrevenida, una vez que entró en vigencia la Constitución de 1999. Ha de reconocerse que tal modalidad de descentralización aparece delineada en el artículo 165, encabezamiento ejusdem, que estatuye "Las materias

objeto de **competencias concurrentes** serán reguladas mediante leyes de bases dictadas por el Poder Nacional y leyes de desarrollo aprobadas por los Estados…".

Ahora bien, como sostuvimos en el Volumen II de este Manual, los constituyentes pese a que introdujeron el concepto de competencias concurrentes en el texto constitucional, no se cuidaron ni de definir ni de identificar cuáles eran dichas competencias. No obstante, ha de reconocerse que el referido concepto sí encuentra un desarrollo doctrinario uniforme, producto de la vigencia de la Ley Orgánica de Descentralización durante diez años. En tal sentido se admite que la competencia es concurrente cuando la materia es atribuida por la Constitución simultáneamente a dos o a tres de los entes territoriales en que se desagrega verticalmente el Estado venezolano, razón por la cual cuando del análisis del texto constitucional pueda determinarse que una materia es asignada en la forma indicada, deberá concluirse que se configura una competencia de esta naturaleza.

Por tanto, en ese caso no se requiere que la materia esté calificada expresamente como tal, por una norma de la Constitución. Eso es precisamente lo que ocurre con la materia de policía, que como vimos en el epígrafe precedente, aparece asignada al Poder Nacional, a los Estados y a los Municipios. La duda que se plantea es, como lo expusimos antes, que la tendencia imperante apunta hacia la idea de que la competencia concurrente está centrada en la materia cuerpos o fuerzas de policía, lo que excluiría la actividad de policía. No está demás agregar que las leyes estadales y municipales (ordenanzas), por lo demás ajustándose a la dicción de sus correspondientes normas atributivas de competencia, se limitan a disciplinar los servicios de policía, esto es, los cuerpos de policía, y aunque todavía no ha sido sancionada la Ley de Policía Nacional, prevista inclusive en la Constitución de 1961, todos los proyectos que se elaboraron bajo la vigencia de esa Carta Fundamental tenían esa misma orientación. En esa misma perspectiva conceptual se inscribe el que cursa en la Asamblea Nacional bajo la denominación de Ley del Cuerpo de Policía Nacional.

Se entiende, que aunque esa sea la orientación de las leyes de policía que se sancionen a la luz de la Constitución, al ser una competencia concurrente, requiere para su desarrollo una Ley de bases, que inclusive aparece enunciada de alguna manera en los artículos 164, numeral 6 y 178, numeral 7, constitucionales, los cuales especifican que la regulación de esos "servicios de policía", deberá hacerse de conformidad con **la legislación nacional aplicable**, de tal suerte que dicha legislación tendrá el carácter de las denominadas leyes de bases previstas en el artículo 165 de la Constitución.

Pero en el supuesto de que –como parece– la preceptiva constitucional esté referida exclusivamente al concepto de policía en sentido orgánico, o como dice la Constitución a "servicios de policía", afortunadamente el texto constitucional trae una previsión en el artículo 332, encabezamiento y parte "in fine", que en primer lugar, establece que la finalidad de los cuerpos o fuerzas de policía es la seguridad ciudadana, y en segundo lugar, que la función de seguridad ciudadana propia de los órganos de seguridad ciudadana, dentro de los cuales, los más importantes son los cuerpos de policía general, constituye una competencia concurrente del Poder Nacional, los Estados y los Municipios.

Pues bien, el concepto novedoso y amplísimo de seguridad ciudadana que introduce la Constitución de 1999 en el ordenamiento venezolano, abarca sin dudas a las actividades de policía o a la policía en sentido material, lo que impone, por tratarse de una materia concurrente, a la Asamblea Nacional el deber de sancionar una ley de bases que discipline esa actividad, pudiendo, o mejor debiendo, los Estados dictar las correspondientes leyes de Desarrollo. Somos partidarios de una tesis en ese sentido, sobre todo porque este tipo de actividades emanadas de la Administración, como tantas veces lo hemos repetido a lo largo de este capítulo, restringen o limitan derechos fundamentales (libertad y propiedad).

12.3.3.6.5.3. **Acerca de la necesidad de una Ley de Seguridad Ciudadana**. Que se ha privilegiado a la legislación sobre los cuerpos de policía sobre la concerniente a función o actividad de policía, inclusive después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, queda demostrado con el hecho incontestable de que se sancionó una Ley sobre coordinación de los órganos de seguridad ciudadana en el año 2000, sin haberse dictado, y por lo visto tampoco se dictará próximamente una ley sobre seguridad ciudadana. Por otra parte, es necesario reseñar que esta materia desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1961 hasta ahora, pese a su importancia en el ámbito de los derechos humanos y las libertades públicas, ha sido prácticamente ignorada legislativamente, ya que si bien, como expresamos antes, el antiguo Congreso conoció y hasta discutió varios proyectos de Leyes sobre el cuerpo de policía nacional o federal; en cambio, ni siquiera se llegó a mencionar en los predios del Parlamento uno que regulase la actividad de policía general. Tampoco en el tiempo que tiene de vigencia la nueva Constitución, se ha oído hablar de un proyecto de ley de seguridad ciudadana.

Independientemente de que se acoja o no la tesis sobre la promulgación de una ley de bases sobre seguridad ciudadana, lo que sí pareciera indiscutible es la necesidad de buscarle una solución legislativa a la ausencia de una disciplina sobre la actividad de policía general o de seguridad ciudadana, pues de lo que trata es de consagrar por la vía de actos con rango de ley, habilitaciones generales y especiales a la Administración Pública, para que a los fines de tutelar la seguridad ciudadana, emane actos de limitación de derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, tales como la libertad personal, la libertad de tránsito, libertad de expresión, el derecho de reunión, el derecho de manifestación, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho de propiedad, etc.

Ha de recordarse que todos esos derechos son susceptibles de ser limitados mediante ley (reserva legal), y que dichas limitaciones

normativas constituyen las bases de las referidas habilitaciones de la Administración Pública, ya que en torno a la potestad del Parlamento para realizar las limitaciones a esos derechos, vale en Venezuela, la afirmación del Tribunal Constitucional Español relativa a que no "existe derecho constitucional alguno que sea refractario a límites impuestos por el legislador", siempre y cuando, como lo expresa el artículo 53.1 de la C.E. se respete el **contenido esencial** de los mismos, límite este que no está consagrado en esa forma explícita en nuestra Constitución, pero en cambio sí implícitamente, tal como queda demostrado con el examen de algunos de los recursos de inconstitucionalidad intentados contra los decretos leyes dictados por el Presidente de la República sobre la base de la Ley Habilitante del mes de noviembre de 2001, los cuales colocan como fundamento la violación, por parte del Presidente de la República, del contenido esencial del derecho constitucional invocado como infringido.

Para que se comprenda mejor la necesidad de la aludida solución legislativa, a continuación enunciamos algunos supuestos de hecho que podrían formar parte de esa Ley, los cuales han sido recogidos en leyes de otros países:

a) En materia de identificación, pese a que recientemente (8-11-2001) se dictó un Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Identificación, la misma, como es lógico imaginarse, no contiene ninguna disposición relativa a la función policial o de seguridad ciudadana, pero es obvio que una actividad como el requerimiento perentorio de la cédula de identidad por parte de los cuerpos de policía, debe tener un fundamento normativo, como igualmente debería tener esa misma clase de fundamento la imposición del acompañamiento a las dependencias policiales para lograr la mencionada identificación.

b) En materia de requerimiento de determinadas autorizaciones. Como lo veremos más adelante, quizás el acto más importante de la Administración de limitación es la autorización, la cual ciertamente no

tiene la misma relevancia en el marco de la actividad de policía o seguridad ciudadana; no obstante, en algunos casos, por la naturaleza de la actividad cuyo ejercicio se permite a los particulares, corresponde a los cuerpos policiales requerir con carácter obligatorio a los ciudadanos que demuestren poseer el correspondiente acto autorizatorio, como ocurre, por ejemplo, con el denominado "porte de armas", y desde luego, actuar para impedir que se utilicen o porten armas en forma ilegal (sin permiso) y de alguna manera sucede lo mismo con la "licencia" de conducir.

c) En materia de restricciones del derecho de libre tránsito. En tal sentido deben establecerse los supuestos de hecho que permitan a las autoridades policiales restringir, claro está, por el tiempo necesario, el tránsito o la permanencia de las personas en determinadas vías públicas, realizar controles sobre los ciudadanos y los vehículos en las vías públicas, especificando y definiendo controles específicos, tales como los denominados "cacheos" y "redadas". Al respecto conviene señalar a título ilustrativo que, por ejemplo, la Ley de Seguridad Ciudadana española en su artículo 19.2 define al primero como "el control superficial de los efectos personales con el fin de comprobar que no se portan sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos", y las segundas han sido definidas por la doctrina como controles realizados con la finalidad de abarcar a una pluralidad de personas que se encuentren en un determinado lugar, y proceder a su identificación, al registro de los vehículos, al control superficial de los instrumentos personales y hasta la inmovilización provisional.

Los cuerpos policiales sólo podrán realizar esta importante y delicada actividad de limitación de la libertad de los ciudadanos, cuando se haya producido un hecho delictivo que haya causado una grave alarma en la sociedad, teniendo presente que todas las modalidades de control englobadas en las redadas deben aplicarse cuando sea posible presumir indicios racionales de criminalidad, visto que a favor de las personas juega el principio constitucional de la presunción de inocencia

(MORELL, 1999); practicar controles de alcoholemia a los conductores de vehículos, bien en forma periódica u ocasional.

d) En materia de propiedad, igualmente deben delinearse las hipótesis jurídicas que en situaciones extraordinarias conduzcan al cierre de locales o a la evacuación de inmuebles, o la entrada y registro domiciliario en casos de urgencia, sin necesidad de orden judicial.

e) En materia de realización de reuniones o manifestaciones, delinear las hipótesis que permitan a los cuerpos policiales hacer efectivo el ejercicio del derecho de reunión o manifestación, incluyendo la posible suspensión de las mismas; la disolución de reuniones y manifestaciones públicas de conformidad con la Ley especial, siempre ajustándose al artículo 55 de la Constitución, que prescribe que el uso de armas o sustancias tóxicas por parte del funcionariado policial y de seguridad estará limitado por principios de necesidad, conveniencia, oportunidad y **proporcionalidad**, conforme a la ley.

f) En materia de seguridad vial, la prohibición de circular en determinados lugares a una velocidad superior a la señalada, el indicado control de alcoholemia, que conduce a la inmovilización del vehículo, y a la imposición de una grave sanción administrativa, pudiendo comportar en algunos casos, la detención temporal del conductor hasta que supere el estado de ebriedad, e igualmente el control de consumo de sustancias estupefacientes.

Nos hemos limitado a resumir los aspectos más relevantes que se suelen incluir en las leyes de seguridad ciudadana o de policía general, en otros ordenamientos jurídicos, algunos de los cuales pueden excluirse, o por el contrario añadirse otros. Lo que sí pareciera casi indiscutible es la necesidad de que la Asamblea Nacional sancione a la mayor brevedad posible un texto legislativo que ponga fin a ese especie de "poder de policía", propio del inicio del Estado Liberal, que aparece como el único fundamento de las "normales" actuaciones de los cuerpos

de policía, tales como la exigencia compulsiva de solicitud de identificación, los "cacheos", la colocación contra la pared, la amenaza con armas de fuego, las terribles "redadas" practicadas fundamentalmente en los barrios, casi siempre con detenciones policiales, las cuales generalmente no se inscriben en el curso de procedimientos iniciados con la finalidad de tutelar a la seguridad ciudadana, si no que obedecen la más de las veces a la discrecionalidad de los agentes. Algunas conductas de los cuerpos policiales y de la Guardia Nacional resultan aun más censurables en el caso de manifestaciones pacíficas, como las realizadas en el año 2002, las cuales fueron reprimidas brutalmente por los cuerpos policiales, y especialmente por la Guardia Nacional, infringiendo flagrantemente el artículo 55 de la Constitución, olvidando los altos mandos de esa fuerza militar que cuando ejerce actuaciones de policía, las mismas se inscriben en el ámbito estrictamente civil, razón por la cual, de conformidad con el artículo 329 de la Constitución, en concordancia con el 27 del Decreto de Coordinación de Seguridad Ciudadana, deben estar funcionalmente bajo la dependencia de la autoridad de seguridad ciudadana (civil) competente.

Finalmente, pensamos que un texto legislativo como el requerido, podría servir bastante para mejorar las actuaciones de los cuerpos de policía y de la Guardia Nacional, dado que las mismas deberían responder necesariamente a las habilitaciones contenidas en dicha ley, en virtud de que en definitiva esas actuaciones constituirían la ejecución, traducida en actuaciones materiales, la mayoría de las veces, de las referidas habilitaciones o de los actos que dicten los órganos de la Administración. Pero al no existir esa Ley se abre una "puerta franca" para que los cuerpos policiales actúen sobre la base de un supuesto "poder de policía" que repugna al Estado de Derecho, y por qué no decirlo, a una sociedad civilizada.

Para intentar dar una somera idea acerca de la importancia de los derechos fundamentales que se encuentran en juego, téngase presente que el Tribunal Constitucional Español ha sostenido que se considera

una situación privativa de la libertad "aquella en la que de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita", de tal manera que la simple inmovilización temporal de un ciudadano para requerirle su identificación, si no aparece fundamentada legalmente, o el fundamento resulta arbitrario, constituye una limitación ilegal a la libertad personal. En fin, no queda más que reclamar con urgencia una ley en el sentido indicado, pues de lo contrario corremos el riesgo de que el "poder de policía" como pretendida fuente de "legitimación" de casi todas las actuaciones de los cuerpos policiales, se continúe acrecentando, en detrimento de las libertades públicas.

12.3.3.7. **Las principales técnicas utilizadas por la Administración en las actividades de limitación u ordenación**.

12.3.3.7.1. **Premisa introductoria (ámbito de la exposición)**. Como el programa que nos sirve de base se refiere a la actividad de policía administrativa, y hemos explicado la tendencia dominante en la doctrina a superar esa denominación, sustituyéndola por la de actividad de limitación u ordenación, manteniendo el indicado nombre únicamente para la actividad de policía de orden público o policía ciudadana, hemos dedicado todos los acápites anteriores a examinar ese punto tanto a nivel general, como en el ordenamiento venezolano, y con ese desarrollo habríamos cumplido las exigencias programáticas; sin embargo, dado el carácter esencialmente didáctico del Manual, consideramos indispensable examinar aunque sea sucintamente, las principales técnicas generales que utiliza el Estado para llevar a cabo la actividad mediante la cual limita y hasta extingue los derechos de los ciudadanos.

Ha de advertirse que debido a su carácter general no puede llegar a predicarse su exclusión por los órganos de policía general, pero en realidad son técnicas utilizadas la mayoría de las veces por la Administración cuando realiza actividades que no encuadran dentro de la categoría antes indicada, y se corresponden con las denominadas anteriormente, y aun por una parte de la doctrina, como explicamos antes, como actividades de policías administrativas especiales.

Pues bien, delimitado el orden temático de la exposición, cabe advertir que en la medida en que el Estado aumentó en proporción geométrica sus cometidos, porque pasó a tener un fuerte carácter intervencionista, las técnicas para limitar y hasta extinguir los derechos de los particulares, crecieron en esa misma proporción, lo que ha dificultado a la doctrina formular una clasificación de las mismas completa y sistemática, motivo por el cual se han esbozado muchas de ellas, en la búsqueda de ese objetivo, entre las cuales destaca la de SANTAMARÍA (1999), quien las agrupa en tres grupos:

a) **Técnicas de información**, todas las cuales se traducen en la imposición de deberes a los ciudadanos de proporcionar a la Administración Pública datos relativos a su existencia, condiciones personales y actividades que realizan. Entre esos deberes menciona el aludido autor a los deberes de identificación, los deberes formales y documentales y deberes de comunicación.

b) **Técnicas de condicionamiento**, todas las cuales se traducen en la necesidad de que los ciudadanos que pretendan ejercer determinado tipo de actividades demuestren que cumplen con los requisitos exigidos por la Ley, o la compatibilidad de esas actividades con el interés general. Entre esas técnicas se cuentan las comprobaciones y las autorizaciones; y

c) **Las técnicas ablatorias**, todas las cuales se traducen en actuaciones de la Administración, que en lugar de condicionar los derechos de los particulares, como las anteriores, inciden directamente sobre esos derechos, disminuyéndolos sensiblemente o extinguiéndolos. Entre esas técnicas menciona el autor español antes citado "las técnicas de disminución o privación de situaciones activas, y las técnicas de creación o ampliación de situaciones pasivas".

Excedería los objetivos que nos hemos planteado el estudio pormenorizado de cada una de las técnicas que integran las categorías

enunciadas, motivo por el cual nos referiremos exclusivamente a las autorizaciones que forman parte de las técnicas de condicionamiento y hoy constituyen la pieza clave, bajo distintas denominaciones, sobre la cual se montan casi todas las actividades de limitación u ordenación de la Administración Pública. Debemos dejar claro que sólo nos referiremos a sus rasgos generales, en virtud de que éstos adquieren matices dependiendo de la materia de que se trate, pues es obvio que no es igual una autorización para instalar una clínica, que la autorización para la construcción de un polideportivo. También examinaremos dentro de las técnicas ablatorias a las órdenes y la requisición de uso, emanadas de la Administración.

12.3.3.7.2. **La autorización como técnica clave de condicionamiento de la actividad de los particulares**.

12.3.3.7.2.1. **Las tesis históricas sobre el concepto de autorización y su evolución**. Hemos dicho que las actividades de limitación u ordenación reciben ese nombre porque constituyen una expresión de la potestad que tienen los órganos administrativos para intervenir, ordenar, limitar y hasta extinguir los derechos de los particulares. El grado de intervención que implica cada técnica sirve a Santamaría para construir la clasificación anterior, de tal suerte que el menor grado corresponde a las técnicas de información, el grado medio a las técnicas de condicionamiento y el grado máximo a las técnicas ablatorias. Es del contexto del marco conceptual de dicha clasificación que se deriva la tesis que conduce a definir a la autorización como un acto que **condiciona**, limita u ordena las actividades correspondientes al ejercicio de un derecho, o de un poder jurídico de los particulares.

Ahora bien, conviene iniciar el examen del asunto refiriéndonos a las tesis que originalmente fueron formuladas por la doctrina sobre el concepto y la naturaleza de las autorizaciones. Así, en Italia, Ranelletti, citado por SANDULLI (2000), a finales del siglo XIX, sostuvo que la autorización era un acto de la Administración Pública que consistía en el

levantamiento de un obstáculo jurídico, para que un particular pudiera ejercer un derecho subjetivo que entraba en su esfera jurídica, de tal manera que la actividad del órgano administrativo, en criterio del mencionado autor, se limitaba a determinar la ausencia de incompatibilidad entre el interés del particular y el interés público. Una vez realizada esa constatación procedía a remover el límite u obstáculo al ejercicio del derecho preexistente. Esta tesis en su tiempo tuvo mucha recepción en la doctrina y la jurisprudencia, y todavía suele invocarse válidamente en determinados casos, como lo veremos más adelante.

En esa misma época el jurista alemán O. Mayer, citado por SANTAMARÍA (1999), formula una tesis totalmente opuesta, en virtud de que niega la preexistencia de derecho alguno en el solicitante de una autorización. Para que se comprenda mejor la tesis de este autor resulta útil recordar lo que señalamos precedentemente, acerca de que algunas actividades de las que pueden realizar los particulares, se presentan como potencialmente perjudiciales para el interés general, configurándose de esa manera una **prohibición** a su ejercicio.

La tesis de Mayer parte de esa premisa, debido a que consideraba que cada vez que la norma exige una autorización para ejercer determinados tipos de actividades, es porque el ordenamiento considera que las mismas pueden afectar a los intereses públicos, razón por la cual deben reputarse prohibidas. Por esa razón en el marco de la aludida tesis la autorización consiste en el acto mediante el cual se levanta esa prohibición, una vez que se comprueba que su ejercicio no resulta lesivo para el interés general.

De lo anteriormente expuesto se colige la diferencia entre las dos tesis, en virtud de que la primera reconoce la preexistencia de un derecho en el solicitante, sujeto a un límite que resulta removido con el acto autorizatorio, y la segunda rechaza la existencia de derecho alguno en el particular, y postula por el contrario, que toda norma autorizatoria envuelve una prohibición para el ejercicio de ciertas actividades, cuyo

levantamiento entra en la potestad discrecional de la Administración, si constata que dicho ejercicio no entraña peligro para el interés público. Por otra parte, una u otra tesis conducen a consecuencias jurídicas distintas, entre otras, las relativas a la amplitud de la potestad de la Administración para pronunciarse sobre la solicitud de autorización, puesto que si se considera que se trata de un derecho preexistente, entonces disminuirá la amplitud de dicha potestad, pero sobre todo la autorización tendrá un carácter declarativo (tesis de Ranelletti).

En cambio, si se considera la existencia de una prohibición para realizar determinadas actividades, la amplitud aumentará sustancialmente, y el acto autorizatorio tendrá un carácter constitutivo, según la tesis formulada por Mayer. Advertimos que la primera tesis permitió a la doctrina establecer una neta diferencia entre autorización y concesión, dado que el acto autorizatorio no implica la traslación de derecho alguno al autorizado, ya que se trata de un derecho preexistente en la esfera jurídica del interesado, y la concesión comporta la traslación del derecho o mejor de su ejercicio, de la Administración, que es su titular, al concesionario. Desde luego, que sobre la base de la tesis de Mayer no es posible establecer esa diferencia, en virtud de que está fundamentada en la negación de la preexistencia de derecho alguno en el solicitante de la autorización.

12.3.3.7.2.2. **Las modulaciones del concepto de autorización (autorizaciones declarativas y constitutivas)**. El núcleo del concepto de autorización radica en la norma que califica determinadas actividades de los particulares como susceptibles de lesionar el interés general o público. Esas actividades pueden ser el resultado del ejercicio de un derecho claramente contemplado en el ordenamiento jurídico, verbigracia el derecho a constituir una cooperativa contemplado en el artículo 118 constitucional, o el derecho al libre tránsito, en lo tocante a la salida del país consagrado en el artículo 50 ejusdem, los cuales requieren la correspondiente autorización; pero existen casos en que la norma que exige la autorización alude a actividades que no se derivan del ejercicio

de un derecho subjetivo, como en los ejemplos anteriores, y en criterio de SANTAMARÍA (1999), "lo que subyace a la autorización no es otra cosa que la libertad general de actuación que poseen los sujetos privados en virtud de su vinculación meramente negativa a la ley; una libertad ejercitable en cualesquiera direcciones y que la norma condiciona su compatibilidad con el interés público".

Otros autores, entre otros GALLI (1994), en la doctrina italiana, tratan de explicar esa diferencia en el ejercicio de la potestad autorizatoria por parte de la Administración, recurriendo al elemento relativo a la gradación de la situación subjetiva presente en la esfera subjetiva del solicitante, de tal suerte que la autorización seguirá respondiendo a la necesidad de remover un obstáculo al ejercicio de un derecho, previa constatación de la compatibilidad de la actividad a que da lugar, con el interés público, siempre y cuando el solicitante ostente un derecho subjetivo (situación subjetiva máxima), caso en el cual la autorización tendrá un carácter declarativo (autorización declarativa).

Cuando el solicitante invoque una mera expectativa de derecho o un interés legítimo (situaciones jurídicas de menor grado), entonces se manifestará en toda su amplitud la potestad autorizatoria de la Administración, desde luego, si se determina la compatibilidad de las actividades involucradas en la autorización con el interés público, caso en el cual la autorización tendrá carácter constitutivo, porque obviamente implicará una ampliación de la esfera jurídica del autorizado (autorización constitutiva). Se señalan como ejemplos de autorizaciones constitutivas las relativas a la apertura y funcionamiento de una institución bancaria, o de un establecimiento comercial.

Otra parte de la doctrina italiana, sin manifestarlo expresamente, ha vuelto sobre la tesis de Mayer, por lo menos en lo tocante a sus efectos, en virtud de que niega que el ejercicio de la potestad autorizatoria esté precedido de la invocación de un derecho por el interesado, y postula por consiguiente, que la característica esencial de la autorización

es la producción del efecto constitutivo en el destinatario de la misma, creándole "ex novo" una situación jurídica. Sin embargo, debemos reconocer que actualmente predomina la tesis que distingue entre el solicitante titular de un derecho subjetivo, y el solicitante titular de una situación jurídica de menor grado, o en términos de Santamaría, que invoca la libertad general de actuación de que son titulares los particulares en virtud de su vinculación negativa a la Ley.

Cabe señalar, que una parte de la doctrina apareja ciertas características a uno u otro tipo de autorización. Así, en aquella que tiene como base la invocación de un derecho subjetivo, la autoridad administrativa debe limitarse a constatar la existencia de los requisitos contemplados en la Ley, y de producirse esa constatación quedaría dicha autoridad obligada a emanar el acto autorizatorio, de tal manera que su margen de discrecionalidad quedaría reducido a su mínima expresión, dando lugar a las denominadas autorizaciones regladas, por contraposición a las discrecionales que examinaremos más adelante. En cambio, en las autorizaciones en cuya solicitud se invoca una situación jurídica subjetiva de menor entidad que el derecho subjetivo, la autoridad detenta un amplio margen de discrecionalidad para evaluar la compatibilización de las actividades objeto de la autorización, con el interés general, dando lugar a las autorizaciones discrecionales.

12.3.3.7.2.3. **Clases de autorizaciones**. Como en todas estas materias, existen múltiples clasificaciones que obedecen a criterios de diversos autores; no obstante, la mayoría de la doctrina italiana sigue la propuesta por GIANNINI (1970), quien articula las categorías de la misma atendiendo al perfil funcional y a los efectos de la autorización, de tal manera que funcionalmente existen autorizaciones de control y autorizaciones de programación, y según sus efectos resulta posible identificar cuatro subespecies de autorizaciones, a saber: de dispensa, constitutivas, permisivas y declarativas. En el marco de dicha clasificación se destaca que resulta irrelevante el uso de diferentes términos por parte del legislador para referirse a las autorizaciones, tales como

licencias, habilitaciones, permisos, aprobaciones, etc.); en primer lugar, porque se suele hacer un uso promiscuo de dichos términos, y en segundo lugar, porque la forma indistinta como se usan los mismos, constituye un testimonio de la homogeneidad de fondo a que obedecen las citadas denominaciones.

Por otra parte, las autorizaciones en función de control revelan la realización de un juicio por parte de la Administración, que consiste en constatar la compatibilidad de las actividades objeto de la autorización con los requisitos contemplados en el ordenamiento jurídico, verbigracia las denominadas autorizaciones de policía sanitaria, de orden público, etc. Las autorizaciones en función de programación son verdaderos instrumentos que utiliza la Administración para ordenar la actividad de los operadores o solicitantes, a los lineamientos de ciertos planes o programas, sobre todo de carácter económico. Es posible que los planes o diseños tengan un carácter simple o elemental, como el relativo a lograr la distribución de determinados locales de comercio en todo el ámbito del Municipio, buscando que todas las zonas estén provistas de los mismos, hasta planes económicos territoriales, e inclusive nacionales, en los cuales las autorizaciones al final se pueden convertir en verdaderos instrumentos de ejecución de dichos planes.

Tanto la doctrina italiana como española han formulado otras clasificaciones, cuyas categorías más importantes pasamos a examinar:

a) **Autorizaciones regladas y discrecionales**, las cuales como su nombre lo indica, obedecen al tipo de potestad que confiere la norma correspondiente a la autoridad administrativa que debe pronunciarse sobre la solicitud de autorización. Por consiguiente, la autorización será reglada cuando el dispositivo normativo regula agotadoramente todos los requisitos que condicionan el ejercicio de la respectiva actividad, restándole entonces a la Administración una labor de constatación de esos requisitos u condiciones, y en caso de resultar positiva queda obligada a emanar la autorización; de allí el carácter reglado o vinculado

del acto. Un ejemplo de este tipo de autorizaciones es posible encontrarlo en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, que condiciona el otorgamiento de la constancia de las variables fundamentales que permite el inicio de la construcción de urbanizaciones, a la constatación por parte de la administración urbanística municipal de que el proyecto se ajusta a las variables urbanas fundamentales.

La autorización es discrecional, cuando a diferencia de la anterior, el precepto correspondiente no contiene la totalidad o ninguno de los requisitos a cuyo cumplimiento se sujeta la emanación del acto autorizatorio, debiendo entonces la Administración valorar libremente la compatibilidad del ejercicio de las actividades objeto de la autorización con el interés público. Ahora bien, es preciso recordar que así como ninguna potestad puede calificarse como absolutamente reglada o absolutamente discrecional, tampoco pueden atribuirse esos calificativos a las autorizaciones que resultan del ejercicio de dichas potestades, razón por la cual serán autorizaciones más o menos regladas y más o menos discrecionales.

A las precisiones anteriores hay que añadir la prefiguración de una tendencia que se traduce en que la mayoría de las autorizaciones que resultan de la remoción de un límite para el ejercicio de un derecho subjetivo tendrán carácter reglado, así como la mayoría que encuentra su fundamento en una situación jurídica subjetiva, distinta al derecho subjetivo, tendrán carácter discrecional. Sin embargo, esta clasificación genera una problemática, aun totalmente no resuelta por la doctrina, y que en Venezuela puede suscitar tesis antagónicas en el caso de las autorizaciones regladas, derivadas de la preexistencia de un derecho subjetivo.

En efecto, si el acto autorizatorio resulta únicamente de la constatación de los requisitos o condiciones establecidos en la Ley, entonces bastará esa constatación para que la Administración emane la autorización, pero si se admite que el examen de esos requisitos no

agota toda la competencia del órgano administrativo para determinar la compatibilidad del ejercicio de las actividades con el interés público, entonces éste podrá negar la autorización, pese a estar cumplidos los extremos legales invocando su incompatibilidad con el interés público.

Planteada así la situación habría que admitir que todas las autorizaciones tienen un mayor componente, bien en cantidad o cualidad, discrecional que reglado, aun cuando la ley establezca de manera agotadora los requisitos. Pues bien, pensamos que en Venezuela esa tesis es muy discutible, porque implicaría aceptar que los actos administrativos deben estar fundados en razones de legalidad y de **legitimidad**. Las primeras relacionadas estrictamente con los presupuestos de hecho contemplados en las normas, y las segundas vinculadas a motivos de **conveniencia, mérito u oportunidad**, los cuales no aparecen integrando las hipótesis normativas.

Esa distinción conceptual que puede estar amparada legislativamente en otros ordenamientos, en Venezuela resulta inexistente, dado que el principio de legalidad administrativa implica solamente el ajustamiento de la conducta de la Administración al bloque de la legalidad, razón por la cual debe rechazarse que ese ajustamiento incluya razones de **oportunidad, conveniencia o mérito** (razones de legitimidad). No dejamos de reconocer que uno que otro autor nacional cuando examina los recursos contencioso administrativos alude a la legitimidad de los actos administrativos, pero contextualmente esas referencias, puesto que dichos autores no llegan a explicitar dicho término, debe considerarse que lo utilizan como sinónimo de legalidad.

Si la tesis que terminamos de exponer resultase acertada, entonces, atendiendo al principio de seguridad jurídica, debe concluirse que en el caso de las autorizaciones regladas, una vez que la Administración constata la existencia de todos y cada uno de los requisitos exigidos en la norma, estará obligada a emanar el acto autorizatorio, so pena de incurrir en responsabilidad civil y hasta podría la conducta denegatoria

encuadrar en el abuso de autoridad. Advertimos que esta postura no pareciera contradecir la idea básica que subyace al concepto de autorización, esto es, la compatibilidad de la actividad que se piensa ejercer con el interés público, pues pareciera lógico presumir que cuando el legislador enumera agotadoramente todos y cada uno de los requisitos que condicionan el ejercicio de la actividad, con esa enumeración está tutelando el interés público, de manera que cuando el particular da cumplimiento a los mismos, se configura el cuidado del interés público, y procede el otorgamiento de la autorización.

Estimamos que esa es la orientación correcta, y es deseable que sea conocida por los legisladores, de tal manera que dependiendo de la actividad de que se trate, puedan optar –teniendo muy cuenta esta tesis– entre elaborar la norma contentiva de la autorización con todos los requisitos condicionantes de la misma, o dejar un mayor o menor margen de discrecionalidad a la Administración, bien sin enumerar ninguno de los requisitos, como cuando un precepto expresa: La autoridad administrativa otorgará la autorización de conformidad con razones de interés público, o bien enumerando algunos requisitos y dejando un mayor o menor margen de libertad a la autoridad a la que corresponde emanar el acto.

De esta manera, esbozamos nuestro criterio acerca de las autorizaciones regladas y discrecionales en el ordenamiento jurídico venezolano, sin dejar de reconocer que la adopción de este tipo de actos puede llegar a suscitar problemas interpretativos, de no muy fácil solución por parte de los jueces.

b) **Autorizaciones de operación o simples y de funcionamiento u operativas**. Las primeras son aquellas que la Administración emana para habilitar el ejercicio de una actividad instantánea, es decir, que una vez realizada por la persona autorizada se produce la consunción de la autorización, por ejemplo, la licencia o autorización para importar uno o varios bienes determinados (automóviles, maquinarias

agrícolas, etc.), o la autorización para una manifestación pública. En cambio, las segundas son aquellas que permiten la realización de actividades en forma continua y muchas veces en forma permanente, razón por la cual han sido denominadas por MOREL (1999), como de "tracto sucesivo", verbigracia la otorgada para la apertura de una agencia bancaria, o de una farmacia.

Este último tipo de autorizaciones supone generalmente que la Administración además del acto autorizatorio establece un régimen que faculta a la Administración para ejercer determinadas modalidades de control sobre la actividad permitida, no sólo al inicio, como ocurre con las de operación, sino durante todo el tiempo en que se realice la actividad, con una doble finalidad, señala la doctrina española (SANTAMARÍA, 1999), la primera para garantizar que las circunstancias o presupuestos fácticos (requisitos) que sirvieron de base para el otorgamiento de la autorización se mantengan durante todo el tiempo en que se realiza la actividad, creándose de ese modo un vínculo entre la Administración y el autorizado, lo que resulta muy importante, trátese de una autorización reglada o discrecional, puesto que en ambos casos, como ya vimos, se pretende lograr que se compatibilice la referida actividad con el interés público.

De tal manera, que si en cualquier momento se determina el incumplimiento de los indicados requisitos, puede operar el decaimiento del acto. Es necesario subrayar que ese decaimiento se traduce formalmente en una revocatoria, en sentido amplio, de la autorización, la cual no constituye una sanción, ya que toda autorización operativa comporta implícita o explícitamente la obligación ineludible del interesado de mantener todo el tiempo los requisitos o condiciones que sirvieron de base para su otorgamiento, so pena de decaimiento, traducido en un acto revocatorio, pues se presume que en ese supuesto la actividad se torna ilegal o contraria al interés público. Desde luego, que a los fines de la emanación del acto revocatorio es necesario respetar el principio del debido proceso, para que en el curso del procedimiento el interesado ejerza su derecho a la defensa en todas sus fases.

Queda claro entonces la finalidad asignada a la Administración cuando otorga este tipo de autorizaciones operativas o de funcionamiento, y que además la misma tiene un fundamento lógico casi irrebatible, ya que por ejemplo, si una persona a la que se le concede una autorización para instalar un local de venta de comida, siendo el certificado de salud uno de los requisitos básicos que se le exige para su otorgamiento, el cual debe renovar cada cierto tiempo, pero cuando intenta renovarlo la autoridad sanitaria declara que está afectado por una enfermedad infecciosa, y obviamente se lo niega. En esa hipótesis no cabe ninguna duda acerca de que uno de los requisitos básicos de la autorización deja de estar presente, razón por la cual se configura una de las causas de decaimiento, y en definitiva de revocatoria de la autorización; la segunda finalidad está destinada a dirigir u orientar la actividad autorizada de conformidad con determinados planes de desarrollo elaborados por la Administración. La naturaleza de esta finalidad revela que la autorización operativa o de funcionamiento es equivalente a la que Giannini denomina de programación. Por último cabe observar que esta modalidad de autorizaciones, como lo veremos más adelante, ha resultado muy útil en el proceso de "liberalización" de los servicios públicos.

c) **Autorizaciones reales y personales**. Pertenecen a las primeras aquellas en cuyo otorgamiento resultan irrelevantes para la Administración las condiciones personales del solicitante, razón por la cual son susceptibles de ser transmitidas a otra persona, como por ejemplo, una licencia para el funcionamiento de un expendio de licor, y a las segundas, aquellas en que por el contrario, si resultan muy importantes para su otorgamiento las condiciones personales del solicitante, y por supuesto no son transmisibles a un tercero, verbigracia, la licencia de conducir. Con respecto a este último elemento (transmisibilidad) debemos añadir que las autorizaciones pierden ese carácter cuando el número que se puede otorgar es limitado, y ello obedece a un principio presente en algunos ordenamientos extranjeros, que postula la obligatoriedad de otorgar las autorizaciones cuyo número sea limitado mediante

el régimen de licitaciones o concurso, ya que de lo contrario se propiciaría la elusión un tanto fraudulenta del principio de igualdad.

d) **Autorizaciones técnicas y sucesivas**. Las primeras son denominadas también en algunos ordenamientos **habilitaciones**, en virtud de que resultan emanadas sobre la base de un juicio de carácter técnico, acerca de la idoneidad del solicitante para realizar la correspondiente actividad. Por ejemplo, la licencia para conducir vehículos. Las segundas denominadas también **convalidatorias** tienen un carácter excepcional, en virtud de que rompen con el principio de que toda autorización debe ser otorgada previamente al inicio de las actividades para la cual es requerida, ya que son expedidas con posterioridad al inicio de las actividades por parte del solicitante. Quizás porque ese tipo de autorizaciones en casos extremos permiten solucionar problemas difíciles a la Administración, la doctrina admite que de no existir una prohibición expresa de la ley, es posible expedir autorizaciones convalidatorias sobre todo en materia de adquisiciones por parte de los entes públicos, o de negocios ya cumplidos. De lo expuesto se observa que operan más en el ámbito de la propia Administración, que en el relativo al desarrollo de actividades por los particulares. En todo caso, si se omite la autorización preventiva y se subsana la situación con la sucesiva, por supuesto, que no resultarán aplicables las eventuales sanciones derivadas del comienzo de las actividades sin haber obtenido la autorización.

12.3.3.7.2.4. **El régimen de otorgamiento de la autorización**. Visto que ante la solicitud de autorización la Administración está obligada a emanar un acto de otorgamiento o de negación, debe regirse hasta donde sea posible por el procedimiento constitutivo atendiendo a las fases de iniciativa, sustanciación y decisión. La fase de iniciativa comprende la presentación de la solicitud acompañada de los correspondientes recaudos demostrativos del cumplimiento de los requisitos exigidos en la norma. Por tanto, la única forma de iniciar este procedimiento es a solicitud del interesado, no pudiendo por razones obvias pensar en que pueda comenzar de oficio.

La fase de sustanciación generalmente está constituida por un examen de la documentación presentada, pero nada obsta para que implique la realización de otros actos de sustanciación, tales como inspecciones, solicitud de información a otros órganos, requerimiento de documentos adicionales, etc. Finalmente, la fase de decisión implica para la Administración la emanación en lo sustantivo de una decisión sobre la compatibilidad o incompatibilidad de las actividades objeto de la solicitud con el interés público, para lo cual necesariamente deberá constatar la existencia de los requisitos exigidos por la norma, o hacer uso del margen libertad que le otorga ésta, en el caso de las autorizaciones discrecionales.

La Administración al emanar su decisión debe tener muy en cuenta el principio general que postula que el sacrificio del interés privado no puede superar el mínimo indispensable que resulte necesario para tutelar el interés público. Por consiguiente, todo acto que resulte francamente violatorio de ese principio, independientemente del tipo de autorización que se trate, deberá reputarse arbitrario e ilegal.

Por otra parte, cabe recordar que existe un principio, algunas veces recogido en las leyes, otras veces producto de la jurisprudencia, relativo al otorgamiento de las licencias de número limitado, cuyo postulado radica en la necesidad de que el otorgamiento de este tipo de autorizaciones deba estar regido por procedimientos licitatorios o de concursos, a los fines de garantizar condiciones de igualdad a todos los solicitantes. Otro principio que tiende a arraigarse en los ordenamientos es aquel que propugna el carácter positivo del silencio administrativo, originado en la falta de pronunciamiento de la Administración en el término previsto legalmente, es decir, que la tendencia es a convertirlo en regla general, consagrando excepciones a la misma solamente en casos de actividades de significativa importancia en el área económica, ambiental, social, etc.

En Venezuela, a diferencia de lo que ocurre en España, no existe ningún instrumento jurídico que regule en forma particular el procedi-

miento de las autorizaciones, razón por la cual habrá que ajustar el procedimiento constitutivo hasta donde sea posible al procedimiento ordinario o sumario, según el caso, contemplado en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. No obstante, en distintas leyes especiales es posible encontrar normas que permiten inferir ciertos lineamientos, como las siguientes: En las autorizaciones operativas la Administración queda facultada para establecer obligaciones y condiciones adicionales a los requisitos previstos en la norma para el otorgamiento de la autorización. Así, el artículo 68 del Decreto ley de Minas, establece que el Ministerio de Energía y Minas en la Resolución autorizatoria, fijará el lapso de vigencia de la autorización, determinará el tipo de mineral que deberá ser explotado, así como la ubicación y extensión del área. Así mismo el artículo 63 del Decreto ley de Hidrocarburos prevé que por vía del Reglamento o de Resoluciones del Ministerio pueden establecerse condiciones u obligaciones a los autorizados, cuyo incumplimiento deviene en causal de revocación.

En ese mismo orden de ideas aparece concebido el artículo 23 de la Ley Orgánica del Ambiente, en virtud de que condiciona el ejercicio de las actividades autorizadas, a la exigencia de contar con los equipos y el personal técnico apropiados para el control de la contaminación; además el artículo 22 ejusdem, sujeta el otorgamiento de la autorización a su compatibilización con los objetivos, criterios y normas establecidos en el Plan Nacional de conservación, defensa y mejoramiento ambiental.

En suma, de los dispositivos normativos citados es posible derivar el siguiente lineamiento general: La Administración está facultada para imponer obligaciones adicionales a los requisitos previstos en la norma, cuyo incumplimiento se configura como causal de revocabilidad de la autorización. Otro dato importante que se infiere de los mencionados textos legislativos, es que ninguno de ellos delinea procedimiento constitutivo alguno para las autorizaciones, razón por la cual regirá, en cuanto sea aplicable, el procedimiento previsto en la LOPA.

Por otra parte, conviene subrayar que el Decreto ley de Hidrocarburos estatuye que las autorizaciones son susceptibles de ser cedidas, traspasadas e inclusive gravadas, pero para ello se requiere la aprobación del Ministerio de Energía y Minas (art. 12). Por supuesto, que una disposición de ese tenor no sólo es importante, sino necesaria cuando las autorizaciones se otorgan para realizar actividades esencialmente económicas, máxime si actualmente en nuestro ordenamiento existe la tendencia de ir progresivamente a un proceso de "despublicatio" de las actividades que tradicionalmente han sido calificadas como servicios públicos, verbigracia las telecomunicaciones y también los hidrocarburos.

Cabe finalmente señalar que el Decreto ley de Minas contempla en su artículo 99 la figura de la "caducidad de las autorizaciones", enumerando entre sus causales la paralización de la explotación por más de un año, la falta de pago durante un año de los impuestos correspondientes y "cualquier otra causal prevista en la autorización de explotación respectiva, y así mismo que el legislador venezolano mantiene la práctica de utilizar diversos términos para referirse al acto autorizatorio, a saber autorización (art. 69 Decreto Ley de Minas y 22 Ley Orgánica del Ambiente) licencia (art 12 Decreto ley de Hidrocarburos y 40 Decreto ley de Tránsito y Transporte Terrestre) y habilitación administrativa (art. 25 y siguientes de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones), y así sucesivamente. No obstante, es menester dejar sentado que son variantes terminológicas utilizadas por el legislador para referirse a la técnica de intervención administrativa bajo estudio. Quizás la que revele cierta especificad sea la habilitación, la cual según la doctrina italiana es una autorización sujeta a la emanación de un juicio técnico por parte de la Administración.

12.3.3.7.2.5. **La revocación de las autorizaciones**. Ya hemos dicho que se produce una causal casi objetiva de decaimiento de la autorización operativa o de funcionamiento, cuando no se mantienen las condiciones o requisitos exigidos por la norma para el

otorgamiento de la autorización, la cual se traduce en la revocación de la misma. Es necesario diferenciar esta situación concerniente a los presupuestos fácticos establecidos en la ley para la expedición de la autorización, del incumplimiento de algunas obligaciones adicionales a las previstas en el correspondiente esquema normativo, que eventualmente pudieran haber sido impuestas por la Administración para el otorgamiento de la autorización, pues en el primer caso sostenemos que se configura un decaimiento del acto, y en el segundo un incumplimiento de una obligación que puede conducir a la revocación conceptuada como sanción. Sin embargo, en ambos supuestos la Administración debe respetar el principio del debido procedimiento, y de resultar procedente la revocación de la autorización, no procede pago de indemnización alguna.

Existen otras causales de revocación de las autorizaciones, las cuales en algunos casos aparecen taxativamente normadas, como lo hace el artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de España, que preceptúa:

> “1…Las licencias quedarán sin efecto, si se incumplieren las condiciones a que estuvieren subordinadas y deberán ser revocadas cuando desaparecieran las circunstancias que motivaron su otorgamiento o sobrevinieran otras que, de haber existido a la sazón, habrían justificado la denegación y podrán serlo cuando se adoptasen nuevos criterios de apreciación.
>
> 2. Podrán ser anuladas las licencias y restituidas las cosas al ser y estado primitivo cuando resultasen otorgadas erróneamente.
>
> 3. La revocación fundada en la adopción de nuevos criterios de apreciación y la anulación por la causa señalada en el párrafo anterior comportarán el resarcimiento de los daños y perjuicios que se causaran”.

El precepto transcrito resulta muy claro y completo, en primer lugar, porque pareciera agotar casi todos los supuestos que originan la revocación de las autorizaciones, y en segundo lugar, porque establece en cuáles casos debe proceder la indemnización. Sobre el primer punto se observa que el precepto contiene un amplio espectro de causales que van desde el incumplimiento de las condiciones a que estuvieren subordinadas las autorizaciones, hasta la adopción de nuevos criterios. También entra dentro del concepto amplio de revocación, el otorgamiento erróneo de la autorización. Pensamos que ese error debe ser de mucha gravedad, mensurado conforme al principio antes enunciado relativo a que el sacrificio del interés privado no puede superar el mínimo indispensable que resulta necesario para tutelar el interés público.

En torno al segundo punto se limita la indemnización a los casos de revocatoria de la autorización basados en la adopción de nuevos criterios por parte de la Administración, así como cuando resulta otorgada fundada en un error grave en los términos antes expuestos. En cambio, se excluye la indemnización en todos los demás supuestos, esto es, cuando el autorizado incumple las condiciones establecidas por la Administración para la emanación del acto, cuando desaparezcan las condiciones que motivaron su otorgamiento, o sobrevinieran otras que de haber existido para el momento de la expedición habrían justificado su denegación.

Como ya lo hemos dicho, la falta de mantenimiento de los requisitos exigidos por la norma, así como el incumplimiento de las condiciones u obligaciones que establezca la Administración para el otorgamiento de la autorización, resultan imputables al autorizado, motivo por el cual se justifica que el acto revocatorio no genere el pago de indemnización alguna; en cambio, no priva el mismo orden de razonamiento para las hipótesis de las circunstancias sobrevenidas, que de haber existido para el momento de la expedición de la autorización, habrían obligado a negarla, ni para la desaparición de las

condiciones que motivaron su otorgamiento, porque prácticamente se causaría un daño al interesado sin que su voluntad hubiera intervenido para nada en la nueva situación, produciéndose de esa manera además una aplicación retroactiva de la ley. Entendemos que esa incompatibilidad entre actividades en curso e interés público, devenga en una causal de revocación de la autorización, pero lo que nos parece totalmente alejado de los principios generales sobre la responsabilidad, es que en esa hipótesis se exonere a la Administración del pago de la correspondiente indemnización.

Finalmente, insistimos en que esta materia cabalga entre el acto revocatorio concebido como inherente o consecuencia natural implícita en el otorgamiento de la autorización, por las razones antes expuestas, y la revocación vista desde la perspectiva sancionatoria, es decir, concebida como la imposición de una sanción por las mismas razones antes señaladas. Corresponde al legislador hacer una labor de filigrana para determinar cuáles supuestos de revocatoria podrían llegar a calificarse de sanciones administrativas, cuya consagración está sujeta por lo demás al principio de legalidad (lex scripta, lex previa y lex certa) y cuáles pueden ser conceptuados como una consecuencia natural del incumplimiento del autorizado de los requisitos exigidos por la norma, o debido a las referidas circunstancias sobrevenidas, pues estos supuestos de revocación no estarían sujetos al mencionado principio de legalidad; y por consiguiente, podrían ser recogidos también en instrumentos normativos de rango sublegal.

Habría que añadir que excepcionalmente algunos tipos de autorizaciones operativas pueden estar sujetas a caducidad o decaimiento, derivado del incumplimiento de particulares condiciones establecidas por la Administración, relativas básicamente al inicio de actividades en determinado período, de tal manera que si el autorizado incumple esa obligación, operaría la caducidad de la autorización. Como esta figura es tomada del Derecho privado, quedaría por determinar si se considera una caducidad-sanción, o una caducidad vinculada a los efectos

naturales del acto autorizatorio. Por supuesto que dependerá de la tesis que decida seguir en esos casos el legislador.

12.3.3.7.2.6. **La revocación de las autorizaciones en Venezuela**. Ya dijimos que en nuestro país no existe ningún instrumento normativo que regule de manera general el procedimiento de las autorizaciones, razón por la cual resulta necesario examinar cada una de las leyes que contienen esa importantísima clase de actos administrativos, máxime ahora que tiende a convertirse en el instrumento básico para llevar a cabo el proceso de "despublicatio" de los servicios públicos. Desde luego, que al no existir una disciplina sobre el procedimiento autorizatorio, menos puede pensarse en normas que regulen a la revocación de las autorizaciones.

Pero si la falta de la disciplina sobre el procedimiento constitutivo puede sustituirse, en cuanto resulte aplicable con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, no ocurre lo mismo con la figura de la revocación, pues acudir a ese instrumento normativo sólo generaría una confusión muy grande. En efecto, por interpretación a contrario del artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, es posible afirmar la existencia en el ordenamiento jurídico venezolano de una prohibición absoluta de revocación de actos administrativos que originen derechos o intereses legítimos a los particulares. Inclusive la revocación de un acto que transgreda la aludida prohibición encuadra dentro de la causal de nulidad absoluta de los actos administrativos tipificada en el artículo 19, numeral 2, ejusdem, el cual preceptúa que los actos de la Administración serán absolutamente nulos "cuando resuelvan un caso precedentemente decidido con carácter definitivo y que haya creado derechos particulares, salvo autorización expresa de la Ley".

Los términos de dicho precepto, en virtud de que éste forma parte de la ley fundamental sobre el procedimiento que debe seguir la Administración para la emanación de sus actos, y dado que una

autorización es un típico acto administrativo que origina una situación jurídica favorable para el autorizado, pueden conducir a cualquier operador jurídico a pensar que los actos autorizatorios no resultan susceptibles de revocación; y que por consiguiente, cualquier actuación de la Administración en ese sentido estaría viciada de nulidad absoluta. Luego, la única vía válida que le quedaría a los órganos administrativos para dejar sin efecto una autorización sería la prevista en el artículo 83 de la citada Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), esto es, el **reconocimiento de la nulidad absoluta**, pero para ello resulta indispensable que el acto esté fundamentado en uno de los vicios de nulidad absoluta tipificados en el citado texto legislativo, el cual contiene, como es sabido un número muy reducido de dichos vicios, pudiendo decirse que el número es tendencialmente cerrado.

En nuestro criterio esa tesis colocaría a la Administración en una especie de "capitis deminutio", en virtud de que es harto conocido que resulta muy difícil determinar que un acto administrativo está afectado de un vicio de nulidad absoluta, máxime si se tiene en cuenta que la base conceptual de la autorización reposa en el deber que tiene la Administración de determinar la compatibilización de las actividades para las cuales se solicita la autorización, con el interés público, la mayoría de ellas vinculadas con el servicio público conceptuado en sentido tradicional o moderno. En ese orden de ideas es fácil imaginarse que la casi totalidad de las veces las causas que darán origen a la revocación estarán vinculadas con el mantenimiento de los requisitos exigidos por la norma, o el incumplimiento de las condiciones adicionales impuestas por la Administración para conferir la autorización, ninguna de las cuales puede ser encuadrada en las aludidas causales de nulidad absoluta previstas en la LOPA.

Con la finalidad de que se comprenda mejor la situación, supongamos que un transportista de productos derivados de hidrocarburos que ejerce su actividad por haber sido autorizado de conformidad con el artículo 61 del Decreto ley de Hidrocarburos, decida voluntariamente

no prestar el servicio regularmente, lo que compromete la eficiencia y continuidad del mismo, y en vista de ese incumplimiento el Ministerio de Energía y Minas decida revocarle el permiso. Si se adhiere a la tesis que postula la aplicación de la normativa de la LOPA, resulta concluyente que pese al incumplimiento objetivo del autorizado, e igualmente pese a la afectación del servicio público, no podría válidamente revocarle la autorización, ni aun acudiendo a la figura del "reconocimiento de la nulidad absoluta", sencillamente porque ese incumplimiento no encuadraría en ninguna de las hipótesis normativas del artículo 19 ejusdem. Por supuesto, que estaríamos ante una tesis hermenéutica que rayaría casi en el absurdo, pues significaría un sacrificio para el interés público en aras de preservar el interés del autorizado, y desnaturalizaría la competencia de control y vigilancia que le corresponde ejercer al referido Ministerio, sobre las actividades originadas en una autorización operativa como la ejemplificada.

No cabe duda entonces que la referida tesis hermenéutica debe ser soslayada, inclusive sino existiera disposición expresa en contrario, pues en ese caso debería privar la naturaleza y finalidad de la técnica de intervención denominada autorización, que como tantas veces hemos repetido, aparece construida sobre la idea de compatibilizar las actividades de los particulares con el interés público. Sin embargo, pese a la dificultad que significa no tener a mano un instrumento normativo que trace las líneas maestras sobre el procedimiento autorizatorio, tanto constitutivo como de segundo grado, el examen a título de muestreo de algunas leyes dictadas después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, permite afirmar la existencia de una tendencia legislativa que vincula la revocación de la autorización al incumplimiento de las condiciones fijadas por la Administración para emanar el acto autorizatorio.

Se trata entonces de que la autorización crea un vínculo entre la Administración autorizante y el autorizado, generalmente basado en obligaciones que durante toda la vigencia de la autorización debe

cumplir el solicitante, además de mantener los requisitos exigidos en la norma, de tal suerte que el incumplimiento de cualquiera de esas obligaciones se erige en causal de revocatoria de la autorización. Así, puede quedar establecido en el acto autorizatorio, pero generalmente es la propia ley la que se encarga de establecerlo taxativamente. Así por ejemplo, el Decreto ley de Hidrocarburos prevé las siguientes autorizaciones: para ejercer actividades de refinación (art. 12); para la industrialización de hidrocarburos refinados (art. 53); para ejercer actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de productos derivados de hidrocarburos (art. 61), pero al mismo tiempo establece categóricamente en varios de sus artículos la potestad de revocar esas autorizaciones, vinculando siempre el ejercicio de la misma, al incumplimiento de obligaciones por parte de los autorizados.

En efecto, el artículo 17 prescribe "Las licencias otorgadas conforme a este Decreto Ley, serán revocables por el Ministerio de Energía y Minas, **por la ocurrencia de causas de revocatoria establecidas en la propia licencia**, o por realizarse su cesión, gravamen o ejecución sin la autorización de dicho Ministerio". En esa misma línea conceptual se inscribe el artículo 63 ejusdem, que prescribe de manera general "El Ministerio de Energía y Minas podrá **revocar** los permisos cuando el incumplimiento de las disposiciones establecidas en este Decreto Ley, su Reglamento o en Resoluciones, **comprometan la eficiencia o continuidad del servicio o pongan en peligro la seguridad de las personas y bienes**".

De la simple lectura de los esquemas normativos transcritos se evidencia que el legislador optó por vincular, como indicamos antes, la revocatoria al incumplimiento de las obligaciones establecidas en el propio acto autorizatorio, pero además estableció una causal basada en el incumplimiento de disposiciones no sólo de la Ley, sino de instrumentos de rango sublegal, siempre y cuando esos incumplimientos comprometan la eficiencia o continuidad del servicio o pongan en peligro la seguridad de las personas y bienes.

Ahora bien, queda por determinar la posición asumida por el legislador en torno a la naturaleza del acto revocatorio de las autorizaciones, pues como es sabido puede optarse por la tesis que conceptúa a la revocación como una nota consustancial a la autorización, lo que conduce a postular que toda autorización es esencialmente revocable, erigiéndose en presupuestos de revocabilidad tanto la ausencia de los requisitos previstos en la norma, como el incumplimiento de las obligaciones contenidas tanto en el propio acto autorizatorio, como en la ley. Pero igualmente puede escogerse la opción de considerar a la revocación como un acto de naturaleza sancionatoria (revocación-sanción).

No es necesario subrayar que la doctrina se debate entre esas dos posiciones, pero como tantas veces hemos afirmado, en casos como ése el Derecho positivo se convierte en árbitro a los efectos de fijar la posición normativa. En ese contexto, el análisis del Decreto ley sobre Hidrocarburos, así como otras leyes venezolanas, tales como el Decreto ley de Minas y la Ley Orgánica del Ambiente, revelan que el legislador optó por la primera posición, no sólo porque así se infiere de los correspondientes dispositivos que regulan las autorizaciones en esas leyes, sino porque todas ellas traen un capítulo relativo a las sanciones administrativas, y en ninguno de ellos aparece la revocación tipificada como sanción.

Sin embargo, a lo sumo se puede afirmar que esa tesis recoge la tendencia dominante en materia de revocación de autorizaciones, puesto que otra ley novísima, como el Decreto ley de Tránsito y Transporte Terrestre, califica como sanción administrativa la revocatoria de la licencia de conducir. Ha de recordarse que la diferencia entre esas dos tesis es realmente significativa, debido a que si se conceptúa la revocación como sanción, únicamente puede ser establecida en instrumentos de rango legal a tenor de lo establecido en el artículo 49, numeral 6, de la Constitución, el cual estatuye que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

En cambio, de considerarse que es una nota o un atributo consustancial del acto autorizatorio, entonces tanto la revocatoria como las causales de la misma, pueden estar previstas en instrumentos tanto de rango legal como sublegal. Sólo de esa manera podría reputarse constitucional el citado artículo 63 del Decreto ley de Hidrocarburos que reenvía al Reglamento y a Resoluciones dictadas por el Ministerio de Energía y Minas, el establecimiento de presupuestos de revocabilidad de las autorizaciones contempladas en ese texto legislativo.

Por supuesto, que carecería de sentido cualquiera tentativa del autorizado a quien se le revoque la autorización sobre la base del Decreto ley de Hidrocarburos, o de cualquier otro texto legislativo que contenga una previsión similar, pretender solicitar la nulidad invocando para ello los citados preceptos de la LOPA, pues es obvio que los dispositivos del aludido Decreto ley deberán ser aplicados preferentemente por su especialidad en la materia, y porque en la propia LOPA antes citada, sí se conceptúa a la revocación como un procedimiento de reexamen o revisión, así lo establece en su artículo 47 de manera expresa.

12.3.3.7.2.7. **La cláusula "sin perjuicio de tercero".** En tiempos anteriores, como enseña la doctrina, no aparecía claramente delimitada la propiedad privada y la pública, y tampoco resultaban muy claros los efectos que algunos actos de la Administración podían tener sobre las relaciones privadas. Por esa razón los órganos administrativos al otorgar la autorización solían incluir en la misma la cláusula mencionada en el epígrafe, con la finalidad de dejar sentado que la relación jurídico administrativa que se originaba con el acto autorizatorio, vinculaba exclusivamente a la Administración y al autorizado, sin tomar en cuenta la situación posesoria que privaba para el momento de la emanación de dicho acto, y que la autorización otorgada de ninguna manera podía tener incidencia sobre la misma. De modo que si, por ejemplo, se solicitaba un permiso para instalar un establecimiento comercial, su otorgamiento no prejuzgaba sobre los eventuales gravámenes a que pudiera estar sometido el inmueble en el

cual iba a funcionar el establecimiento comercial, y mucho menos podía pretenderse que esa actuación legitimara, por ejemplo, la liberación de esos gravámenes.

En fin, en razón de lo antes expuesto resulta concluyente que una cláusula de esta naturaleza en el acto autorizatorio carece actualmente de relevancia, en virtud que el mismo, salvo previsión expresa en contrario, tiene efectos únicamente entre la Administración y el autorizado, y que igualmente por principios elementales de derecho carece de entidad para incidir sobre las relaciones jurídico privadas que preceden a su otorgamiento, o sobre las que nazcan con posterioridad al mismo. Estos claros principios impiden que se pretenda, como en tiempos pasados, recurrir a la presunción de legitimidad de la autorización, propia de todo acto administrativo, para predicar el despojo de derechos de un tercero, es decir, considerar, como dijimos antes, que el acto autorizatorio legitimaría la adquisición de un derecho de un tercero, por parte del autorizado.

12.3.3.7.2.8. **Las últimas tendencias doctrinarias en materia de autorización**. Debemos empezar señalando que la tendencia a la liberalización y a la consiguiente libertad de competencia que se ha impuesto en la Unión Europea, han tenido una incidencia significativa sobre algunos procedimientos regulados en los distintos países que la integran, entre los cuales destacan los autorizatorios, conduciendo a la modificación de su regulación, e inclusive en algunos casos de su concepción. Así, la autorización que tradicionalmente había sido concebida por la doctrina como un acto de ampliación de los derechos de los particulares, actualmente es considerada por algunos autores (CASSESE, 1996) –en el marco de la aludida tendencia– más bien como un elemento de restricción del denominado "mercado abierto".

La clara imposición de la indicada tesis obligó a los órganos comunitarios y a los Parlamentos de los países miembros de la Unión a buscar modelos alternativos, dentro de los cuales es obligatorio mencio-

nar, en la perspectiva organizativa, a las denominadas **autoridades independientes**, dentro de cuyas competencias está la de otorgar autorizaciones, concebidas como instrumentos para regular y perfeccionar la libre competencia, por supuesto, flexibilizando los procedimientos para su otorgamiento. Por otro lado, las directivas comunitarias, si bien no proscriben totalmente a las autorizaciones, estatuyen que su procedimiento esté sujeto al respeto de un conjunto de principios, como la igualdad de tratamiento, la proporcionalidad, la no discriminación, la transparencia y la publicidad.

Por otra parte, algunos o casi todos los países de la Unión han dictado nuevas leyes procedimentales o modificado las anteriores, a los fines de delinear procedimientos, entre otros, los autorizatorios, presididos por las ideas antes expuestas. Así, Italia en la Ley Nº 241/1990, en sus artículos 19 y 20, con la finalidad de favorecer los procesos de liberalización económica y de libre competencia, simplificó e innovó sustancialmente en materia de autorización. En efecto, el artículo 19 de la citada Ley establece que el ejercicio de aquellas actividades condicionadas por la norma respectiva al cumplimiento de una serie de requisitos, cuya constatación no esté sujeta a potestades técnicas discrecionales, y el número de las mismas sea indeterminado, es decir, no sujeto a un número clausus, bastará la simple notificación a la autoridad competente para que los particulares queden facultados para comenzar a realizarlas.

Esta disposición ha tenido una favorable recepción dentro de los administrados, ya que su aplicación constituye una supresión de un gran número de actos que debía emanar la Administración, los cuales estaban sujetos a procedimientos que por muy simplificados que fueran tardaban en ser emanados, lapsos relativamente largos, pese a que se trataba de meras constataciones de la presencia o no de requisitos que podrían calificarse de objetivos. En realidad la norma bajo examen en la práctica elimina ese tipo de autorizaciones, lo que sin dudas constituye un factor muy importante para incentivar el inicio de actividades económicas o de

acceso al mercado. Sin embargo, debe suponerse que la renuncia al control inicial de las actividades, no implica en el caso de las autorizaciones operativas la renuncia a su control posterior.

El artículo 20 de la citada Ley complementa el 19, porque si bien mantiene para ciertas actividades la obligación de solicitar la correspondiente autorización, establece como regla general que la falta de expedición dentro del término fijado en las normas que la contemplan, tiene el valor del silencio administrativo positivo, o sea, que se configura un otorgamiento tácito de la autorización. Es necesario aclarar que el referido artículo se encarga de especificar que deben tratarse de actividades, cuya autorización comporte, al igual que las anteriores, un acto reglado, o solamente evidencie un mínimo de discrecionalidad por parte de la Administración.

De modo, pues, que la nueva legislación italiana en aras de favorecer la liberalización, la libre competencia y el “acceso al mercado” amplía significativamente el número de actividades que ahora no requieren autorización, sino notificación de inicio de actividades, e igualmente la amplía mediante la consagración del silencio positivo o autorización tácita, pues reserva las autorizaciones expresas para aquellas actividades, las cuales suponen un amplio margen de apreciación discrecional en la determinación de su compatibilidad con el interés público. En ese caso la Administración está obligada a emanar su pronunciamiento en un término prudencial establecido en la ley, pero el vencimiento del mismo, sin que el órgano competente haya decidido, no equivale a silencio positivo, sino negativo.

La doctrina italiana se ha encargado de señalar la diferencia teleológica que existe entre el anuncio de inicio de las actividades y el silencio positivo en el marco del procedimiento autorizatorio, puesto que mientras el segundo es en realidad un instrumento de simplificación administrativa, la primera representa un instrumento que se inscribe dentro del proceso de liberalización económica, razón por la cual

implica una reducción de los controles que la Administración ejerce sobre la actividad de los particulares.

12.3.3.7.3. **Las técnicas ablatorias.**

12.3.3.7.3.1. **Noción conceptual**. Conviene recordar que el desarrollo de este acápite responde a la clasificación propuesta por Santamaría sobre las actividades administrativas de limitación u ordenación, la cual se desagrega en técnicas de limitación de información, de condicionamiento y ablatorias, atendiendo al grado progresivo de intensidad de la incidencia de la Administración en la esfera jurídica de los particulares. Pues bien, las técnicas ablatorias, a diferencia de las que examinamos anteriormente (información y condicionamiento), implican el grado máximo de intervención sobre los derechos de los ciudadanos, especialmente en los correspondientes a la libertad y al patrimonio, los cuales una vez que la Administración actúa sufren una "ablación", que puede ir desde la disminución hasta la extinción de los mismos.

La connotación conceptual de las técnicas de intervención bajo examen, obedece en cierto sentido al significado etimológico del vocablo "ablación" que proviene del latín "auferre", cuyo participio pasivo es "ablatum" que significa **sustraer**. Efectivamente, todo acto ablatorio tiene un efecto privativo de derechos, que en algunos casos, dependiendo de la modalidad, puede implicar una apropiación de esos derechos. Así por ejemplo, sin dudas que la expropiación (procedimiento ablatorio emblemático) conduce inevitablemente a una privación del derecho de propiedad que tiene el expropiado sobre el bien, pero al mismo tiempo comporta una apropiación (traslación de la propiedad del bien), por parte de la Administración. En cambio en la requisición de uso (igualmente ablatorio), también opera la privación del bien mueble, mas no la apropiación. De modo que la sustracción a que alude el origen etimológico del término, continúa siendo en la actualidad la variable sobre la cual se monta la noción conceptual de técnicas de intervención administrativas "ablatorias".

Al parecer, desde la perspectiva histórica, los denominados actos ablatorios comienzan a ser utilizados por la Administración militar, con la finalidad de hacer requisiciones, adquisiciones coactivas, reclutamiento de soldados, así como otros similares que implicaban la transferencia coactiva de cosas y prestaciones por los particulares, pasando con el correr del tiempo al Derecho positivo en el ámbito civil, desde luego, después del advenimiento del Estado de Derecho. En la actualidad pueden definirse las técnicas ablatorias como aquellas actuaciones de la Administración Pública, expresadas en determinadas modalidades de actos, desarrolladas en ejercicio de una potestad administrativa expresamente prevista en la Ley, que comportan una limitación o restricción de la esfera jurídica de los particulares, especialmente en su libertad y patrimonio.

Es fácil advertir que toda actuación ablatoria de la Administración implica un sacrificio para los particulares, y a su vez debe constituir un beneficio para la colectividad, pero al mismo tiempo revela la existencia de una relación de supremacía de la Administración sobre los ciudadanos, la cual obviamente debe encontrar fundamento en la Constitución o en instrumentos de rango legal. Es necesario aclarar que, pese al ámbito sensible de los derechos sobre los cuales incide el poder ablatorio de la Administración, así como la naturaleza del mismo, es necesario admitir la necesidad de su consagración en el ordenamiento de cualquier país del mundo, pues está concebido para tutelar de manera general el interés público.

12.3.3.7.3.2. **Clasificación de los actos ablatorios**. Han sido formuladas varias clasificaciones de los actos ablatorios, precisamente porque existen múltiples actuaciones de la Administración de esta naturaleza. Así, en la doctrina italiana predomina la propuesta por GIANNINI (1970), que se desagrega en tres categorías: reales, personales y obligatorios. En cambio en España SANTAMARÍA (2000), manteniendo la congruencia con la terminología utilizada en su clasificación de las técnicas de intervención, prefiere dividirlas en técnicas que

eliminan o disminuyen situaciones jurídicas activas o favorables o disminuyen su contenido, y técnicas de intervención que eliminan o amplían el contenido de situaciones jurídicas desfavorables o pasivas. Otra parte de la doctrina italiana, entre los cuales destacan GALATERIA y STIPO (1993) prefiere clasificar los actos ablatorios en dispositivos y ordenatorios.

En realidad cuando se examinan las clasificaciones anteriores observamos que todas ellas al obedecer a la misma pauta conceptual, al final coinciden en los tipos de actos, con la diferencia formal de su ubicación en las categorías que conforman cada clasificación. Ya dijimos que no nos corresponde examinar todos los actos ablatorios, y que examinaríamos únicamente una sola clase de ellos: las órdenes; sin embargo, como en el mes de diciembre de 2002, cuando escribimos esta parte, la Administración, con ocasión del denominado paro cívico nacional, según la prensa nacional, realizó actuaciones fácticas o jurídicas que se corresponden con la figura de las requisiciones (privación de bienes privados utilizados en el transporte de combustible), decidimos examinar, en sus lineamientos generales, las denominadas **requisiciones de uso**. De todas maneras con la finalidad de presentar una visión a grandes rasgos, pero sistemática, nos referiremos a las diversas clases de actos ablatorios, y en tal sentido seguiremos a Giannini.

Pues bien, los actos ablatorios reales son aquellos que extinguen o limitan los derechos reales, especialmente el de propiedad, y se caracterizan porque al típico efecto privativo del contenido del derecho, se acompaña con el de la apropiación, verbigracia la expropiación, el decomiso, la transferencia coactiva, y la requisición en propiedad. En todos los casos mencionados existe consenso acerca de la necesidad de que la potestad ablatoria esté prevista en normas de rango legal, mas no ocurre lo mismo cuando en torno al asunto relativo al deber de indemnización del particular afectado.

En efecto, existe una tendencia, que prácticamente se ha convertido en un principio de derecho, que apareja la indemnización a los

procedimientos expropiatorios; y la niega en el caso del comiso, en virtud de que la procedencia de este acto está condicionada a la realización de actos ilícitos por el particular; en la transferencia coactiva, en los países que la contemplan se discute si la Administración debe o no pagar indemnización, correspondiendo al Derecho positivo la solución. Por cuanto concierne a la requisición en propiedad de bienes muebles, prevista para ser ejecutada en tiempos bélicos, por ser una especie de expropiación, también debería estar sujeta a indemnización.

Los actos ablatorios personales, a diferencia de los anteriores, los cuales una vez emanados inciden inmediatamente en la esfera jurídica de los afectados, sin que la voluntad de éstos tenga relevancia alguna, consisten en imponer una obligación mediante una orden dictada por la Administración, que puede consistir en un "fare" o un "dare", o en un "non facere", es decir, órdenes positivas y negativas. En todo caso una orden, como lo examinaremos más adelante, es el acto mediante el cual la Administración impone obligaciones en el sentido antes indicado a los particulares, quienes deben cumplirlas, so pena de sanciones.

Los actos ablatorios obligatorios a que alude la doctrina italiana son aquellos que imponen al particular el cumplimiento de una obligación, dando a lugar a la configuración de una relación acreedor-deudor entre la Administración y los ciudadanos, en el área de los tributos y de las obras (prestación tributaria y prestación de obra). El acto ablatorio puede tener su fuente en la Administración o en el Parlamento, razón por la cual tendrá naturaleza administrativa y legal, respectivamente. En el caso del primero, el órgano administrativo se limita actuar un dispositivo legal que crea la obligación, verbigracia el caso de la imposición tributaria, y en el segundo, la Ley otorga un margen de discrecionalidad a la Administración para que ésta proceda a dictar el acto que crea la obligación, ejemplos del mismo, según la doctrina italiana, son las requisiciones de servicio previstas en leyes militares en casos de extrema necesidad y urgencia, y las denominadas requisiciones civiles en casos de calamidad natural.

De todas maneras, el ejemplo clásico de prestación de obra, de fuente legal, es la obligación de prestar el servicio militar o el servicio sustitutivo civil, y se indican otros ejemplos en el ordenamiento italiano, precisando que están casi en desuso, tales como el empleo obligatorio por parte de los patronos de determinado tipo de trabajadores; el acopio obligatorio de determinado tipo de productos, para ser entregado a un ente público al cual le corresponde colocarlos en el mercado; el préstamo forzoso de un bien; y la gestión coactiva de una empresa por parte de la autoridad administrativa.

12.3.3.7.3.3. **La posible diferencia entre los actos ablatorios personales y los actos ablatorios obligatorios y la aplicación de esta última categoría en Venezuela.** Cabe advertir que hemos sintetizado los lineamientos generales sobre los procedimientos o actos ablatorios derivados de la doctrina italiana; no obstante, observamos que la clasificación italiana, debido a la terminología utilizada, puede generar confusión, cuando utiliza las categorías de los actos ablatorios personales y actos ablatorios obligatorios, en primer lugar, porque todo acto administrativo, independientemente de su clase es obligatorio, y quizás se utiliza el referido adjetivo para diferenciarlo de la categoría de los personales, porque ambos dan lugar a la creación de obligaciones a cargo de los particulares. Por esa razón Santamaría para referirse a los personales, alude a la creación de **deberes**, y reserva la creación de obligaciones para lo que la doctrina italiana llama actos ablatorios personales. En segundo lugar, pareciera más acertada la posición del autor español, porque en realidad una orden en ese contexto es la imposición de un deber relacionado esencialmente con la privación o limitación de la libertad personal; en cambio, la obligación que surge de los actos ablatorios obligatorios abarca también al derecho de propiedad, verbigracia, la obligación que en casi todos los países se impone a los editores del depósito legal de los libros que se publiquen, o la obligación de pagar la cuota para la seguridad social. En fin, estimamos que sustantivamente ambas categorías pueden quedar reducidas a una, pues como hemos visto las diferencias entre ellas parecieran carecer de entidad conceptual para mantener dicha separación.

Por otra parte, en lo tocante a la categoría de actos ablatorios obligatorios de la doctrina italiana, es posible derivar del artículo 134 de la Constitución de 1999, tanto la obligación de prestar los servicios civil o militar necesarios para la defensa, preservación y desarrollo del país, o para hacer frente a situaciones de calamidad pública, siempre de conformidad con la Ley. Sobre la prestación del primero no existe ninguna duda, pero sobre los servicios de carácter civil, el mismo artículo abre la posibilidad de que mediante Ley se consagre de manera expresa **la requisición de servicios**, pero vinculándola exclusivamente a la ocurrencia de fenómenos naturales que causen una calamidad pública. Ese mismo precepto configura el deber u obligación de **prestar servicios en funciones electorales**, también de conformidad con la Ley.

Por otro lado, cabe señalar que dentro de la categoría de los actos ablatorios obligatorios está la obligación tributaria derivada de los artículos 133 y 317 de la Constitución, los cuales la estatuyen con la finalidad de que las personas coadyuven a los gastos públicos. Sin embargo, es el artículo 135 ejusdem, el que pareciera conferir una potestad genérica de creación de obligaciones a cargo de los particulares, con la finalidad de colaborar con el Estado en la consecución de los fines de bienestar social, sobre la base de la solidaridad y la responsabilidad social y asistencia humanitaria, atendiendo a la capacidad que aquéllos detenten.

El indicado esquema normativo constitucional preceptúa: "Las obligaciones que correspondan al Estado, conforme a esta Constitución y a la Ley, en cumplimiento de los fines del bienestar social general, no excluyen las que, en virtud de la solidaridad y responsabilidad social y asistencia humanitaria, correspondan a los o a las particulares, según su capacidad. La ley proveerá lo conducente para imponer el cumplimiento de estas obligaciones en los casos en que fuere necesario. **Quienes aspiren al ejercicio de cualquier profesión, tienen el deber de prestar servicio a la comunidad durante el tiempo, lugar y condiciones que determine la ley**".

La disposición transcrita abre un campo aún inexplorado por el legislador venezolano, pese a que estaba recogida en iguales términos en la Constitución de 1961 (art. 57), debido a que podría servir para la imposición de "obligaciones especiales tributarias", por supuesto de ser necesario, verbigracia la imposición de un impuesto por una sola vez "una tantum" a las personas que ganen más de determinada cantidad anual, para colaborar en la reconstrucción de una determinada población o estado, en virtud de haber sufrido efectos devastadores de un terremoto, o de cualquier otro fenómeno natural. Pero también podría establecerse, siempre mediante ley, la requisición de servicio de determinadas personas, por ejemplo, ante un desastre ecológico que configure una situación de calamidad pública.

Resulta de dudosa constitucionalidad, pero admitimos que podría ser discutible, a la luz del precepto constitucional bajo examen, que el legislador puede prever la requisición de servicios ante una situación de extrema emergencia, como en el caso de una huelga total de un servicio público que ponga en peligro la seguridad y defensa del país, verbigracia en el transporte de combustibles. Y en ese mismo orden de ideas puede pensarse en otras prestaciones personales o reales, como las enumeradas por la doctrina italiana (acopio de determinados de productos, préstamo forzoso de bienes, gestión coactiva de empresa y empleo obligatorio de trabajadores). Ratificamos que se trata de escenarios inexplorados por el legislador, quizás porque nunca se ha presentado una situación que lo amerite; no obstante, el paro cívico general desarrollado en el mes de diciembre de 2002, pudiera ser propicio para reflexionar sobre la conveniencia de dictar un texto legislativo en ese sentido, pero en ese caso debería fundamentarse también en el citado artículo 134 ejusdem, que vincula la instauración de obligaciones de servicio civil a las necesidades de defensa, preservación y desarrollo del país. Desde luego, que tendría que ser una ley ajustada milimétricamente a los preceptos constitucionales, y producto de un gran proceso de participación de los interesados, que son casi todos los sectores del país, pues de lo contrario se corre el riesgo de crear

obligaciones francamente inconstitucionales, si se llega a lesionar valores declarados como superiores por la Constitución, tales como la igualdad, la libertad, la justicia, la vida y la democracia (art. 2).

Por otra parte, el precepto bajo examen crea al igual que la Constitución de 1961, el deber de legislar para imponer obligaciones muy concretas a todas las personas que aspiren ejercer una profesión en Venezuela, de tal manera que deben previamente prestar sus servicios a la comunidad durante determinado tiempo, en ciertos lugares y bajo determinadas condiciones. Habría que tornar operativo rápidamente este precepto constitucional, dado que resulta increíble que algunos jerarcas administrativos decidan, por ejemplo, contratar médicos extranjeros, porque los venezolanos se niegan a trabajar en zonas rurales, e inclusive en ciudades alejadas, tales como Puerto Ayacucho y San Fernando de Apure, entre otras, existiendo una disposición ciertamente incompleta en la Ley de Ejercicio de la Medicina que contempla el año rural, pero que bastaría para imponer coactivamente a los médicos recién graduados la obligación de prestar servicios en esos lugares. Observamos que en todo caso, lo conveniente sería dictar una ley que abarcara a todos los profesionales, o a determinadas clases de ellos, imponiéndoles la obligación al concluir sus requisitos académicos, de prestar servicios inclusive con una remuneración propia de un estudiante, antes de expedirle el título profesional.

Por último, debemos indicar que la Ley impone a los editores de libros la obligación real de hacer el depósito legal de cada libro que publiquen. De esa misma naturaleza es la obligación de pagar las contribuciones a la seguridad social impuesta por la ley respectiva. En fin, queda demostrado que en Venezuela están abiertos los senderos constitucionales que conducen a estatuir actos ablatorios obligatorios en la terminología de la doctrina italiana, y que ya las leyes contemplan algunos de ellos.

12.3.3.7.3.4. **La requisición**. Este acto ubicado por la doctrina italiana dentro de la categoría de los ablatorios reales, con excepción de

la denominada requisición de servicios, la cual es encuadrada en los ablatorios obligatorios, en un principio era típicamente militar, cuyos presupuestos eran la necesidad y la urgencia de realizar determinadas actuaciones en tiempos de guerra, que requerían de determinados bienes por parte de las tropas que no podían ser obtenidos acudiendo a los procedimientos ordinarios, verbigracia alimentos, animales, combustibles, repuestos, etc. Pues bien, en esos casos, la Administración militar presidida por la necesidad y la urgencia derivadas de la guerra procedía a sustraer a los particulares bienes muebles e inmuebles, con el pago de la correspondiente indemnización.

Posteriormente, siempre en el ámbito militar, la requisición también comenzó a ser utilizada en el denominado "estado de movilización", es decir, la situación caracterizada por la inminencia de un conflicto armado. Más tarde los ordenamientos introducen la **requisición civil**, sustentada sobre los mismos presupuestos de necesidad y urgencia, derivados de calamidades o desastres públicos. De tal manera, que en muchos países subsisten tanto la requisición militar como la civil.

Ahora bien, en la actualidad la requisición puede ser definida como un acto de la Administración adoptado por motivos extraordinarios, derivados de la urgencia y la necesidad, expresamente previsto en un instrumento de rango legal, mediante el cual se sustrae autoritariamente a los particulares un bien de su propiedad, pagándole la correspondiente indemnización. La sustracción puede comportar inclusive la apropiación del bien, caso en el cual suele denominarse **requisición en propiedad**, y cuando no implica la apropiación, entonces se denomina **requisición de uso**. Igualmente suele hablarse de una categoría, que obedece al mismo fundamento conceptual de las anteriores, denominada **requisición de servicios**, a la cual nos referimos en el punto anterior.

En todo caso cualquiera que sea la modalidad de requisición utilizada por la Administración, la procedencia de la misma, según se

desprende del Derecho Comparado, está sujeta al cumplimiento de los siguientes extremos:

a) Como acto ablatorio al fin, debe estar expresamente prevista en una norma de rango legal, de tal manera que se excluye toda posibilidad, visto el respeto que se exige al principio de reserva legal, que pueda ser consagrada por instrumentos normativos de rango sublegal, mucho menos por actos administrativos generales o particulares; b) debe configurarse el presupuesto de hecho, derivado de la urgencia y la necesidad, que en el caso de la requisición militar está constituido por una guerra, e inclusive dependiendo de los ordenamientos por un estado de movilización; y en el de las requisiciones civiles una calamidad o desastre público, pero también se suele dejar abierta en algunos países, la posibilidad de que opere cuando la Administración tiene necesidad de perseguir con extremada urgencia un interés público.

c) El ejercicio de esta clase de poder ablatorio tiene un carácter subsidiario, en razón de que sólo opera cuando se demuestra que con los recursos ordinarios no es posible atender la situación extraordinaria. La indicada subsidiariedad responde a la particularidad y excepcionalidad que reviste la figura de la requisición, en virtud de que incide sobre derechos fundamentales como la propiedad y en algunos casos sobre la libertad (requisición de servicio).

d) El procedimiento, como puede suponerse, resulta expedito, en virtud de que la iniciativa es de oficio; la sustanciación consiste en verificar la existencia del presupuesto de hecho legal, así como la urgente necesidad de resolver la situación para tutelar el interés público, sin que ello sea posible acudiendo a los procedimientos ordinarios, y termina con la respectiva decisión, la cual tiene que ser motivada fáctica y jurídicamente. Algunos ordenamientos admiten la validez, dada la urgencia y necesidad que preside este tipo de actuaciones, que pueda traducirse en una orden oral, debiendo formalizarse lo más inmediatamente posible el acto por escrito en el momento de ejecutar la

requisición, o sea, privar de la propiedad temporal o definitivamente del bien. Ha de advertirse que con la notificación del acto de requisición el particular pierde el derecho sobre el bien y la Administración lo adquiere, y desde luego tiene un carácter ejecutorio, razón por la cual rige la regla general acerca del carácter no suspensivo de los recursos administrativos o contencioso administrativos. Antes de ejecutar el acto debe proceder a pagar la indemnización correspondiente, debido a que en esos ordenamientos, como lo expondremos más adelante, el acto requisitorio debe fijar el término del mismo.

e) La requisición, pese a ser un acto autoritario, impone ope legis en casi todos los ordenamientos el pago de una indemnización al particular por parte de la Administración, atendiendo al valor de mercado, en el caso de requisición en propiedad, o del valor de uso en el caso de la requisición de uso. Esta regla puede suscitar controversias porque el requisado puede considerar que el precio pagado por el órgano no se corresponde con el verdadero valor del bien o del servicio, según el caso. Por consiguiente, corresponderá al Tribunal competente conocer del juicio correspondiente, en el cual, al igual que ocurre con la expropiación, debe jugar un papel relevante la denominada "justa indemnización".

Corresponde ahora referirnos sucintamente a las tres clases de requisición, y en ese sentido señalamos que la requisición en propiedad tiene por objeto bienes muebles de carácter fungible, o susceptibles de ser modificados sustancialmente por el uso, como por ejemplo, combustibles, alimentos, maquinarias, vehículos, etc. Normalmente la requisición en propiedad está reservada a la Administración militar para enfrentar situaciones extraordinarias en tiempos de guerra. Lo que sí debe subrayarse es que la requisición opera en las relaciones contractuales entre privados que recaen sobre los bienes muebles requisados, como la causa de exclusión de responsabilidad conocida doctrinariamente como "hecho del príncipe".

La requisición de uso, en cambio, tiene por objeto bienes inmuebles o muebles infungibles o inconsumibles, inclusive bienes inmateriales, como los relativos a la propiedad intelectual. Es preciso destacar que la emanación de este acto impone a la Administración la devolución de los bienes requisados en un tiempo perentorio que en algunos ordenamientos no supera los seis meses, el cual debe estar recogido en el acto de requisición. Superado el lapso fijado en el acto, o el máximo de seis meses, ope legis la requisición de uso se convierte en requisición en propiedad, en cuyo supuesto debe pagarse la indemnización adicional correspondiente. También en esos ordenamientos se contempla la hipótesis de la conversión en requisición en propiedad cuando la Administración en forma discrecional decida, aun sin haberse vencido el aludido término, mantener la propiedad del bien, o que no puede efectuar su devolución.

La requisición de servicio, como expresamos antes, pertenece a los actos ablatorios obligatorios, y tiene un carácter aun más excepcional que las requisiciones en propiedad y de uso, puesto que comporta imponerle una obligación, generalmente de hacer, a los particulares, que se traduce en la prestación de actividades laborales a favor de la Administración, a cambio de una retribución, generalmente fijada atendiendo a las prescripciones contenidas en las tablas de honorarios fijadas por los colegios profesionales, o a las convenciones colectivas de trabajo. Esta modalidad de requisición puede extenderse a prestaciones de obras realizadas por empresas o personas jurídicas. Sin embargo, la tendencia legislativa es a excluirla de los ordenamientos, porque tratándose de una obligación de hacer, puede resultar, en un régimen democrático, contrario a derechos fundamentales de la personalidad, dado que en definitiva implica poner a trabajar a una persona contra su voluntad. En los ordenamientos donde existe está restringida a casos extremos de carácter militar, y derivados de calamidades naturales. (Examinamos la posibilidad de consagrar esta modalidad de requisición en el punto anterior).

12.3.3.7.3.5. **La requisición en el ordenamiento jurídico en Venezuela**.

12.3.3.7.3.5.1. **El planteamiento normativo**. En el país la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa dictada en el año 1976, desde luego bajo la vigencia de la Constitución de 1961, preveía la figura de la requisición, sin mayores precisiones acerca de sus modalidades, vinculándola necesariamente al estado de emergencia delineado en la Carta Constitucional derogada, el cual como es sabido, contemplaba la restricción y suspensión de garantías, y las denominadas "medidas de alta policía". Aparte de las inconsistencias de la regulación constitucional derogada, quizás lo más importante de destacar es que el acto de requisición estaba indisolublemente asociado a la declaración del estado de emergencia, o quizás mejor a la restricción o suspensión de garantías.

El citado texto legislativo de 1976 en sus artículos 31 y 32 contenía los lineamientos generales sobre la procedencia de la requisición, así como unos rasgos sobre su procedimiento constitutivo, pero como parte de esa normativa fue traspasada en idénticos términos a la **Ley Orgánica Sobre los Estados de Excepción** (LOSEE) dictada en el año 2001, en desarrollo de las previsiones de la Constitución de 1999; y en fecha 19 de diciembre de 2002 fue publicada la **Ley Orgánica de Seguridad de la Nación (LOSN)**, que derogó a la citada Ley Orgánica de Seguridad y Defensa, la cual también regula un tanto incidentalmente a la requisición; por consiguiente, preferimos realizar el análisis de las disposiciones legales vigentes.

12.3.3.7.3.5.2. **Características de la requisición derivadas de las Leyes Orgánicas sobre los Estados de Excepción y de Seguridad de la Nación**. El artículo 24 de la LOSEE preceptúa: "Declarado el estado de excepción, el Ejecutivo Nacional tendrá la facultad de requisar los bienes muebles e inmuebles de propiedad particular que deben ser utilizados para restablecer la normalidad. Para toda requisición será indispensable la orden previa del Presidente de la

República o de la autoridad competente designada, dada por escrito, determinando la clase, cantidad de la prestación y deberá expedirse una constancia inmediata de la misma", y el 33 de la LOSN dispone "Decretada la movilización, el Presidente o Presidenta de la República podrá ordenar la requisición de los bienes necesarios para la defensa nacional, de acuerdo con lo establecido con el Reglamento respectivo". Del análisis de los dispositivos normativos transcritos, en concordancia con los artículos 25 y 26 de la LOSEE, es posible derivar las siguientes características de la requisición de uso y de la requisición en propiedad.

12.3.3.7.3.5.2.1. **Presupuesto de hecho**. No existe un presupuesto de hecho específico para que la Administración pueda adoptar el acto ablatorio de requisición, pues de una manera genérica se erige en tal presupuesto solamente a la declaratoria del estado de excepción correspondiente, abandonando de esa manera el postulado común en el Derecho comparado que, debido al carácter excepcionalísimo de este poder administrativo, exige la configuración de una situación problemática extraordinaria, derivada de la necesidad y urgencia que impone su solución, lógicamente vinculada al interés general. En ese sentido cabe recordar la tendencia a asociar dicho fundamento a la Administración militar (casos de estallidos de guerra y declaración del estado de movilización) y a la Administración Civil sólo en casos de catástrofes y calamidades públicas.

De ese modo el ejercicio de la potestad requisitoria queda estrictamente condicionada en el Derecho comparado a los citados presupuestos; en cambio, el artículo 24 de la LOSEE bajo examen, como afirmamos antes, los ignora totalmente, sustituyéndolo por uno ciertamente de carácter excepcional, como lo es, la declaratoria del estado de excepción, que como tal está sujeto a requisitos constitucionales muy exigentes, incluyendo el control político por parte de la Asamblea, y el constitucional por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Pero es precisamente una vez decretado el estado de excepción, independientemente de que sea el de alarma, el

de emergencia económica o el de conmoción interior o exterior, cuando se convierte en un presupuesto genérico de los actos de requisición de uso y en propiedad, derivados de la amplísima facultad discrecional que se le confiere en la Ley al Presidente de la República o a las autoridades competentes designadas, que les permite dictar actos requisitorios más allá de las hipótesis señaladas en el ámbito militar (guerras y estado de movilización, y en el ámbito civil (catástrofes y calamidades públicas).

En esta línea argumental resulta fácil imaginarse que el Presidente de la República o la autoridad designada a tal fin podrán, en primer lugar, dictar actos ablatorios no sólo cuando hayan sido decretados los estados de excepción de alarma y de conmoción interior y exterior, que insistimos pueden dar lugar a los actos de requisición en el ámbito militar, los cuales evidentemente en el mundo moderno son excepcionalísimos, y en el ámbito civil, igualmente excepcionalísimos, sino también cuando se decrete el estado de emergencia económica, lo que abre un campo bien delicado para este tipo de actuación de la Administración Pública. O sea, que a los ámbitos civiles y militares, se añade el amplísimo ámbito económico.

En segundo lugar, la falta de especificidad de los actos requisitorios posibles (desde luego tasados, como hemos visto) concernientes a los estados de alarma y de conmoción interior y exterior, faculta al Presidente de la República para realizar cualquiera otra requisición distinta a las indicadas, lo que amplía significativamente esta potestad del Ejecutivo Nacional, ampliación que se acrecienta cuando se añade la indicada posibilidad de actuar ablatoriamente en el marco del estado de emergencia económica.

En realidad a la luz del dispositivo transcrito podría argumentarse que existe un requisito de procedencia de los actos requisitorios, distinto a la declaratoria del estado de excepción, constituido por la exigencia de que los bienes que se pretenden requisar deban ser **utilizados para restablecer la normalidad**. Indiscutiblemente que estamos ante una

norma que confiere un amplísimo margen de discrecionalidad al Presidente de la República o a la autoridad designada, para determinar que los bienes deben ser utilizados para restablecer la normalidad. Obsérvese que el precepto ni siquiera llega a estatuir la **necesidad** de los bienes para lograr el indicado restablecimiento de la normalidad, razón por la cual podría interpretarse que no se requiere una relación de causa-efecto entre utilización de los bienes requisados y la vuelta a la normalidad, pudiendo dicha utilización únicamente coadyuvar con el indicado restablecimiento. En otras palabras, no revistiendo la requisición carácter subsidiario, puede ser usada conjuntamente con otras técnicas, siempre y cuando éstas también sirvan para restablecer la normalidad; de allí que no sea posible establecer una equivalencia entre utilización y necesidad, ya que si se hubiese erigido la variable necesidad de restablecimiento de la normalidad, entonces el acto requisitorio debería ser indispensable para el referido restablecimiento.

La amplitud de esta potestad queda también demostrada con la idea de un "restablecimiento de la normalidad" en el marco de un estado de excepción, debido a que esta figura constitucional encuentra su fundamento en la ocurrencia de una anormalidad derivada de variables naturales, económicas o políticas; de allí que pareciera muy sencillo para los órganos competentes apreciar que para lograr la normalidad **deben utilizarse** (no que sea necesario) determinados bienes muebles o inmuebles; y de allí también en definitiva, la amplísima discrecionalidad que puede predicarse con relación al señalado requisito, el cual concebido en esos términos no llega de ninguna manera a constituirse en ningún límite al ejercicio, como debería ser, de la delicada potestad requisitoria de la Administración.

De lo antes expuesto se colige que la potestad de dictar actos ablatorios que detenta el Presidente de la República o la autoridad designada, después de decretado el estado de excepción podría conducir a esbozar una tesis que postulara la carencia de límites materiales de la misma. Así, por ejemplo, ante el paro cívico nacional del mes de

diciembre de 2002, que condujo a la paralización de PDVSA, de haberse decretado el estado de conmoción interior, a la luz de la normativa bajo examen, hubiera legitimado al Presidente de la República para ordenar la requisición de los vehículos de transporte de gasolina, o determinados buques tanqueros que no fueran de esa empresa estatal. Igualmente en el marco de ese contexto, a simple vista parecieran muchos los actos requisitorios que podría haber dictado el Presidente de la República.

Por otra parte, es menester destacar que el artículo 33 de la LOSN mantiene como presupuesto de hecho, en los términos antes indicado, de la requisición, al decreto sobre el estado de excepción, en virtud de que basado en éste es que puede el Presidente de la República ordenar **la movilización**, salvo que se trate de la movilización de la Fuerza Armada, que no requiere la vigencia del mencionado estado. Y sólo una vez ordenada la movilización, el Presidente de la República queda facultado para dictar actos de requisición de bienes que sean necesarios para **la defensa nacional**. Debe tenerse presente que el concepto de defensa nacional recogido en la LOSN es amplísimo, en virtud de que aparece construido esencialmente sobre las variables finalidad y ámbito, siendo la primera conforme al artículo 3 de la citada Ley "salvaguardar la independencia, la libertad, la democracia, la soberanía, la integridad territorial y el desarrollo integral de la nación", y la segunda concerniente al ámbito, abarca "el territorio y demás espacios geográficos de la República, así como a los ciudadanos y ciudadanas y a los extranjeros que se encuentren en él. Igualmente contempla a los venezolanos y venezolanas y bienes fuera del ámbito nacional, pertenecientes a la República".

De modo, pues, que debido a la amplitud del referido concepto, debe admitirse que cuando el Presidente de la República, una vez ordenada la movilización, exceptuando la de la Fuerza Armada Nacional, siempre que previamente haya decretado el estado de excepción, o cuando se trate de la movilización de la Fuerza Armada Nacional,

disfrutará de una potestad discrecional muy amplia para ordenar la requisición de bienes necesarios para la defensa nacional. En efecto, los eventuales "límites", nada más formales, del ejercicio del aludido poder requisitorio de bienes, están constituidos por la finalidad y el ámbito antes enunciados. Basta señalar que la finalidad apunta a la salvaguarda de la **independencia, la libertad, la democracia, la soberanía, la integridad territorial y el desarrollo integral de la Nación**, lo que demuestra a las claras que el Presidente de la República puede invocar como fundamento de sus actos requisitorios cualquiera de los conceptos anteriores, algunos de los cuales indeterminados, y otros que cubren un espectro muy extenso.

Si a la señalada finalidad se agrega el ámbito de la defensa nacional antes indicado, debe concluirse en el carácter excepcional que reviste la potestad discrecional, por su amplitud, cuando conforme a los parámetros que se infieren del Derecho Comparado debería ser todo lo contrario, que se le confiere al Presidente de la República en la novísima Ley Orgánica de Seguridad de la Nación, con la particularidad de que aparece vinculada a la **movilización** integral, o solamente de la Fuerza Armada Nacional. Por lo demás dicha regulación resulta congruente, desde luego en lo tocante al presupuesto de procedencia de la requisición, con la contenida en la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, antes examinada.

12.3.3.7.3.5.2.2. **Autoridad competente**. El artículo 24 de la LOSEE atribuye la competencia para dictar la orden previa de requisición al Presidente de la República o a "**la autoridad competente designada**". Importa resaltar previamente de esta norma atributiva de competencia, que en la misma se preserva la regla general que subordina la actuación material de un órgano administrativo, a la emanación previa del acto correspondiente. Quizás en el caso de requisición dicha regla prevista en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, merece ser reiterada, porque de lo que se trata es de privar temporal o definitivamente a una persona de uno o varios

bienes, vale decir, disminuir o extinguir unilateralmente el derecho de propiedad; de allí que todo intento de requisición o toda requisición consumada que no esté fundamentada en un acto administrativo escrito, no oral, independientemente de la urgencia de la situación, constituirá una vía de hecho, y estará viciada de nulidad absoluta, siendo susceptible de ser accionada en amparo.

De otro lado, se observa que el núcleo de la norma bajo examen establece en forma categórica que corresponde al Presidente de la República la competencia para dictar el acto de requisición, sin necesidad de que el mismo sea adoptado en Consejo de Ministros, en virtud de que tratándose de un acto ablatorio, que es producto del ejercicio de una potestad típicamente administrativa, resulta lógico pensar que en la emanación de dicha orden el Presidente de la República actúe en su carácter de Jefe de la Administración Pública Nacional, a tenor de lo previsto en el artículo 239, numeral 2, de la Constitución, y el artículo 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Nacional (LOAP).

La duda surge cuando el mismo dispositivo de la LOSEE atribuye también esa delicada facultad a la autoridad competente designada, en virtud de que el principio de legalidad consagrado en el artículo 4 de la LOAP estatuye la regla general de que la competencia debe ser **asignada, reasignada o modificada**, mediante un instrumento normativo, siendo lo deseable, cuando se trate de asignación, que éste sea de rango legal. En el presente caso, visto que se trata de "cualquier autoridad" debidamente investida, pero en virtud de que lamentablemente no es identificada en ninguna parte de la Ley, pues lo correcto ha debido ser que el texto legislativo señalara taxativamente cuáles eran esas autoridades.

Esa ostensible omisión, así como los términos en que aparece redactada la norma en comento, hace que pase a jugar un rol determinante en la identificación de la persona jurídica u órgano designados, precisamente **la asignación de la competencia** para dictar actos

ablatorios de requisición, invirtiéndose el esquema lógico de la atribución de competencias, que implica el señalamiento del órgano o la figura subjetiva a quien se erige en titular de la competencia, de tal manera que ésta existe en tanto en cuanto existe un órgano expresamente identificado a quien se le confiere. Colocándose en esa perspectiva normativa anómala, la única manera de que el titular de un órgano distinto al Presidente de la República pueda erigirse en "autoridad competente designada", para dictar actos requisitorios, es atribuir esa función a una autoridad ya existente en el ordenamiento jurídico. Luego, con mayor razón la atribución "ex novo" de la misma tiene que ser mediante un instrumento normativo, pues de hacerse mediante un acto administrativo dictado por el Presidente de la República sería nulo, por infringir el principio de legalidad recogido en el citado artículo 4 de la LOAP.

Así por ejemplo, en estricto rigor jurídico, si se decreta un estado alarma, por referirnos al menos polémico, en virtud de la ocurrencia de una catástrofe como la del Estado Vargas en diciembre de 1999, el Presidente de la República no podría válidamente dictar un decreto mediante el cual asignase la competencia para dictar actos de requisición al Gobernador de ese Estado, o al Alcalde del Municipio, al Jefe de la Guarnición o a un Ministro. Esta postura no obedece a un mero formalismo ni a una exquisitez jurídica, sino más bien a un propósito básico de todo estado de derecho, como es la tutela de los derechos fundamentales, especialmente el de propiedad, y eventualmente hasta el de libertad, si fuera posible predicar la existencia de la requisición de servicio. Esta tesis cobra mayor importancia si se tiene en cuenta la amplitud de la potestad de requisición atribuida al Presidente de la República, tal como lo expusimos anteriormente.

No debe confundirse la asignación de competencias, con la delegación de competencia prevista en el artículo 16 de la LOSEE, para la **ejecución del estado de excepción,** que puede hacerse en los Gobernadores de Estado, Alcaldes, Comandantes de Guarnición y cualesquiera otras autoridades debidamente constituidas, en virtud de

las significativas diferencias que existen entre delegación y asignación de competencias, entre las cuales baste citar que la asignación comporta la titularidad y el ejercicio, y la delegación solamente el ejercicio; que la asignación tiene carácter definitivo y la delegación tiene carácter temporal, que la asignación opera mediante un instrumento normativo y la delegación mediante un acto administrativo, y así sucesivamente (Ver Volumen II).

En fin, estimamos que tal como aparece la regulación legal, el ejercicio válido de la potestad requisitoria está limitado desde el punto de vista subjetivo al Presidente de la República, actuando como jefe de la Administración Pública Nacional. Por lo que respecta a otras autoridades competentes designadas, pareciera que debería rechazarse la asignación de competencias por vía reglamentaria para erigir en titulares de la potestad requisitoria a esas otras autoridades, en virtud de que el ejercicio de la misma está destinada a incidir sobre un derecho fundamental, como lo es el de propiedad. Admitimos que el punto es discutible porque aparece conectado a los límites de los reglamentos de ejecución (Ver Volumen I).

Pensamos que lo más conveniente sería proceder a modificar la Ley, ya que tampoco resulta posible predicar la aplicación analógica del artículo 16 de la LOSEE. En la hipótesis de que se si considerare correcta la vía de la modificación legislativa, debería reflexionarse si se opta por la asignación o por la delegación de la competencia para dictar actos de requisición, pues en el primer caso, se configuraría una competencia concurrente del Presidente con las otras autoridades, y el segundo la competencia de éste sería exclusiva, y en principio excluyente, que parece la solución más ajustada al marco jurídico alternativo en el que se inscriben los actos requisitorios. Debe, finalmente, acotarse con relación a este punto que la LOSN (art. 33), a diferencia de la LOSEE, erige en único titular de la potestad requisitoria originada en la movilización, al Presidente de la República.

12.3.3.7.3.5.2.3. **El carácter subsidiario**. Observamos que a la requisición, a diferencia de lo que ocurre en otros países, no se le otorga carácter subsidiario, en razón de que la Ley se abstiene de condicionar su procedencia al agotamiento de las medidas ordinarias, ya que no necesariamente puede vincularse el estado de excepción con el agotamiento de las medidas ordinarias, sobre todo si se tiene en cuenta que en el marco de ese estado especial de juridicidad las medidas extraordinarias pasan a ser ordinarias. No obstante, pudiera admitirse que la inexistencia de ese requisito, resulta suplido por el decreto del estado de excepción, pero se opone a ello la amplitud de la potestad requisitoria delineada en la LOSEE, tal como quedó demostrado en páginas precedentes. Distinta sería la situación, si además de la vigencia del estado de excepción, el ejercicio de dicha potestad estuviera condicionado a la constatación de los requisitos tasados que se derivan del Derecho Comparado. Hay que añadir que tampoco la LOSN configura a la requisición con carácter subsidiario.

12.3.3.7.3.5.2.4. **Clases de requisición**.

12.3.3.7.3.5.2.4.1. **Requisición de uso y requisición en propiedad.** El examen de los artículos 24 y 25 de la LOSEE, evidencia la consagración de manera principal de la **requisición de uso**, cuyo objeto recae sobre bienes muebles e inmuebles (art. 24), y que igualmente, quizás por un defecto de técnica legislativa, la **requisición en propiedad**, aparece regulada incidentalmente; afirmamos que dicha regulación tiene ese carácter porque sólo es posible inferir esa modalidad de requisición partiendo de sus consecuencias. De todas maneras el aludido defecto no impide predicar la existencia de los dos señalados tipos de requisición, con la diferencia de que el objeto del primero está constituido por bienes no fungibles, o cuyo uso no conduzca a su desnaturalización estructural, y el objeto del segundo son bienes fungibles, e inclusive infungibles si la Administración determina que no puede restituirlos, caso en el cual deberá declararlo en el acto de requisición. Así se desprende del citado artículo 25 de la LOSEE que pauta “En los

casos en que los bienes requisados no pudieren ser **restituidos,** o se trate de **bienes fungibles o perecederos** se pagará el valor total de dichos bienes".

12.3.3.7.3.5.2.4.2. **Requisición de servicios**. Anteriormente afirmamos que los artículos 134 y 135 de la Constitución de 1999, posibilitaban la apertura de una discusión acerca de la consagración por vía legislativa de la modalidad de la requisición de servicios, la cual –insistimos– tiene un carácter excepcionalísimo, aun en los ordenamientos en que se admite, porque puede suponer la prestación de una actividad laboral en contra de la voluntad del prestatario, lo que atenta rotundamente contra la libertad y la autonomía de la voluntad de las personas. Las pocas hipótesis normativas conocidas están relacionadas con situaciones extremas de calamidades públicas, producto de fenómenos naturales, y de guerras.

Pues bien, pese a la vigencia de los señalados preceptos constitucionales que vinculan la prestación de servicios civiles con la defensa, preservación y el desarrollo del país, ni la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, ni la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación contemplan esta modalidad de requisición, pues como quedó dicho regulan las modalidades de requisición de uso y requisición en propiedad. Es necesario subrayar que no debe confundirse la requisición de servicios, con el **sometimiento temporal al régimen militar** del personal de los servicios públicos o de las empresas básicas del Estado para la vida económico-social de la República, previsto en el artículo 32 de la LOSN, siempre y cuando esté en vigencia un estado de excepción. Efectivamente, esta figura de dudosa constitucionalidad, quizás admisible única y exclusivamente en verdaderos tiempos de guerra, y en presencia de supuestos muy tasados, se diferencia de la requisición de servicios, porque esta última tiene un carácter típicamente administrativo, y el régimen jurídico que disciplina a quienes prestan el servicio requisado, como es lógico, es esencialmente civil.

12.3.3.7.3.5.2.4.3. **La obligación de cooperación como modalidad de la requisición de servicios.** Es necesario destacar que los artículos 17 y 18 de la LOSEE consagran una **obligación de cooperación** con las autoridades competentes para la protección de personas, bienes o lugares, mediante la imposición de servicios extraordinarios por su duración o naturaleza, la cual desde el punto de vista sustantivo se parece bastante a la requisición de servicios. En ese sentido el citado artículo 17 prescribe "Decretado el estado de excepción, toda persona natural o jurídica está obligada a cooperar con las autoridades competentes para la protección de personas, bienes y lugares, **pudiendo imponerles servicios** extraordinarios por su duración o naturaleza, con la correspondiente **indemnización**, de ser el caso". El artículo 18, prescribe "**El incumplimiento o la resistencia** a la obligación de cooperar establecida en el artículo anterior, será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las respectivas leyes…". Ese mismo dispositivo precisa que cuando la resistencia o el incumplimiento sea de funcionarios públicos, serán suspendidos inmediatamente en el ejercicio de sus cargos, y será notificado el superior jerárquico para que le abra el expediente respectivo. En el caso de los funcionarios electos "se procederá de acuerdo con lo contemplado en la Constitución… y las leyes".

Lo primero que debemos destacar es la atipicidad de las normas transcritas, pues hay que reconocer que estructuralmente diseñan una requisición de servicio, puesto que por una parte imponen la obligación de prestar servicios a personas naturales y jurídicas, sólo que dichos servicios deben tener carácter extraordinario, y por otra parte, por los servicios prestados la Administración debe pagar una indemnización. O sea, que están presentes los dos elementos claves en la definición o identificación de la requisición de servicios; de allí que sostengamos que esta figura aparece diseñada desde el punto de vista estructural, mas no desde el punto de vista formal jurídico, como una requisición de servicios, en primer lugar, porque dichas normas no integran el capítulo II del Título III de la Ley, que precisamente se denomina "De la

requisición", de tal manera que al no incluir al aludido "deber de cooperación" en ese capítulo, conduce a pensar que la voluntad del legislador al regularlo de manera especial en los citados artículos 17 y 18, quiso excluirlo de la categoría de los actos requisitorios.

En segundo lugar, aunque el presupuesto de hecho primario es el mismo que el señalado en el referido capítulo: decreto de estado de excepción, el específico es totalmente distinto: en un caso (arts. 17 y 18) cooperar en la protección de personas, bienes y lugares, que por cierto es una actividad casi típica de cuerpos armados públicos o privados, porque no se trata de cuidarlos, que podría ser una labor cumplida por un depositario profesional o un depositario ad hoc, sino de protegerlos, de tal manera que este supuesto de hecho restringe muchísimo el número de personas que pueden cumplir esta obligación, y se reduce más aún, porque es lógico pensar que dentro de las mismas están los funcionarios policiales o militares, a los cuales sobre la base de la subordinación y la disciplina se le pueden imponer servicios de la naturaleza indicada, en el marco de sus respectivos ordenamientos, sin necesidad de acudir a esta figura jurídica atípica (deber de cooperación).

En el otro caso (la requisición de uso, regulada en el indicado capítulo) el presupuesto de hecho específico es lograr restablecer la normalidad interrumpida por las circunstancias que dan lugar al estado de excepción, y en la hipótesis de que en ese capítulo estuviese consagrada la requisición de servicios, ella debería estar regida por los principios que disciplinan a la requisición en general, razón por la cual los servicios prestados por los particulares, que lógicamente también pudieran ser extraordinarios por su duración o naturaleza, estarían excluidos de la categoría que se destina a **proteger** personas, bienes y lugares, lo que ampliaría el número de potenciales personas a quienes podrían ser requisados sus servicios.

Por otro lado, esta figura atípica que responde –insistimos– estructuralmente a una requisición de servicio, pese a configurar una

técnica de intervención ablatoria que incide sobre el derecho fundamental de libertad está insuficientemente regulada, en virtud de que la Ley no establece a quién incumbe dictar el acto de ejecución de la norma que crea la obligación de cooperar a determinado particular o particulares, como sí lo hace en la requisición de uso y en propiedad, pues tal como aparece redactado el artículo 17 de la LOSEE toda autoridad competente para proteger bienes, personas y lugares estaría legitimada para hacerlo.

Por supuesto, que si esa fuera la interpretación acertada quedaría a cargo de todo tipo de autoridad policial militar o de seguridad limitar el derecho de libertad, lo que a todas luces resulta inadmisible, tratándose de un derecho del tenor indicado. Tal vez pudiera aplicarse por analogía, si se admite que la figura bajo examen constituye una especialísima modalidad de la requisición de servicios, el artículo 24 ejusdem, que atribuye la competencia al Presidente de la República para dictar órdenes de requisiciones de uso y en propiedad.

Vista la problemática interpretativa que suscita el artículo 17 de la LOSEE bajo examen, se impone la apertura de una discusión acerca de la compatibilidad de los mencionados esquemas normativos, con la Constitución, con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los cuales se deriva la prohibición de restringir con el estado de excepción las garantías de un importante número de derechos fundamentales, que aparecen enumerados taxativamente en el artículo 7 de la LOSEE, entre los cuales por cierto se encuentra el de la libertad personal, que es precisamente sobre el que incide una obligación de la naturaleza de la prevista en el citado artículo 17; de allí que si esta tesis es acertada estaríamos ante una evidente incompatibilidad, si se considera que el citado artículo 7 de la Ley desarrolla el 337 de la Constitución, entre los artículos 17 y 18 de la citada LOSEE, y el antes señalado artículo 337 constitucional, y desde luego, en esa perspectiva hermenéutica no sería admisible ninguna modalidad de requisición de servicio. No obstante,

reconocemos que ésta es una visión preliminar del asunto, que requiere la apertura de un intenso y extenso proceso de reflexión.

Pero quizás lo más importante de destacar es que el artículo 18 de la LOSEE, pese a configurar una especie de requisición de servicios, preserva al máximo la libertad personal y el principio de autonomía de la voluntad, pues por interpretación a contrario, es posible inferir de dicho dispositivo que la Administración está impedida de obligar a prestar el servicio a las personas contra su voluntad, en vista de que éstas pueden incumplir la orden de requisición de cooperar o resistirse a la cooperación con las autoridades, desde luego, teniendo presente que serán sancionados de conformidad con lo dispuesto en las leyes. No establece la LOSEE ninguna sanción al respecto a los particulares, y el reenvío genérico a "las respectivas leyes", dada la atipicidad de esta figura, dificulta la tarea de encontrar una sanción por incumplimiento o resistencia al cumplimiento de la referida obligación. En cambio, en el caso de los funcionarios que presten servicios a la Administración Pública, el dispositivo prescribe que serán suspendidos cautelarmente del ejercicio del cargo y se les abrirá el expediente disciplinario correspondiente.

Más que referirnos a la insuficiencia legislativa a los fines de sancionar las conductas de incumplimiento o de resistencia al deber de cooperación previsto en el indicado precepto, interesa subrayar el principio recogido en el mismo que postula la prohibición de obligar a prestar servicios a las personas que se le requisen**, contra su voluntad**. Y esto cobra una importancia capital a la luz de los razonamientos que formulamos acerca de la posibilidad de consagrar en el ordenamiento jurídico venezolano, sobre la base de los artículos 134 y 135 constitucionales, la potestad de la Administración para dictar actos **ablatorios de requisición de servicios**.

En ese orden de ideas, si hubiese estado prevista la referida figura, durante el paro cívico nacional de diciembre de 2002, por ejemplo, los intentos de la Fuerza Armada Nacional, algunas veces,

según informó la prensa, bajo la amenaza de armas, a los miembros de las tripulaciones de los buques tanques de PDVSA, quienes los fondearon para sumarse al paro, deben reputarse totalmente ilegales e inconstitucionales, estando sujetos a las sanciones correspondientes, si hubiesen estado previstas en instrumentos de rango legal, por el incumplimiento o la resistencia derivada de la orden de requisición de sus servicios. En todo caso hemos aludido a situaciones hipotéticas con la pretensión de que sean tomadas en cuenta, si en alguna oportunidad se llega a discutir la posibilidad de establecer en la legislación venezolana a la requisición de servicios.

12.3.3.7.3.5.2.5. **El procedimiento**. La LOSEE no se refiere en forma expresa a ninguna de las fases del procedimiento constitutivo de los actos requisitorios; no obstante, de la normativa contenida en sus artículos 24 y 25, armonizados con las disposiciones pertinentes de la LOPA, así como con los principios generales procedimentales en esta materia, es posible inferir los siguientes lineamientos: Corresponde al Presidente de la República, y en términos de la ley, a la autoridad competente designada, iniciar de oficio el procedimiento (fase de iniciativa); en la siguiente fase: de sustanciación, la Administración sólo debe apreciar que la requisición de los bienes resulta necesaria para el restablecimiento de la normalidad; y una vez constatada esa situación procederá a dictar el acto requisitorio, el cual además de ser escrito deberá precisar la clase del bien o de los bienes, la cantidad de los mismos, y así mismo queda obligada a dejar constancia inmediata de los términos de la orden de requisición, suponemos que en el archivo o en los libros que lleve la Administración. Tal vez dicha constancia tenga como finalidad imprimirle seguridad jurídica al procedimiento, sobre todo a los fines de determinar el monto de la indemnización.

12.3.3.7.3.5.2.6. **Lapso de la requisición de uso**. A diferencia de otras legislaciones, como la italiana, que impone a la Administración el deber de fijar en el acto requisitorio el lapso durante el cual serán utilizados los bienes requisados, la LOSEE no establece ningu-

no, puesto que condiciona la restitución a su propietario a la **terminación del estado de excepción**, el cual como es sabido, dependiendo de la modalidad de que trate tiene lapsos y prórrogas fijados constitucionalmente, a saber: el de alarma, treinta días con una prórroga máxima de treinta días; el de emergencia económica, sesenta días, con una prórroga máxima de sesenta días, y el de conmoción interior o exterior, de noventa días, con una prórroga máxima de noventa días (art. 338); no obstante, pueden ser revocados por el Ejecutivo Nacional, por la Asamblea Nacional o su Comisión Delegada, al cesar las causas que los motivaron.

De allí la razón que conduce a sostener que las requisiciones de uso están sometidas en cierto sentido a una condición, mas no a un término, y ello es así porque se vincula la duración no a la superación de la causa extraordinaria que sustantivamente da origen a las mismas, como ocurre en todos los ordenamientos, sino más bien terminación de la vigencia de la institución extraordinaria, que origina una especie de Constitución alternativa, conocida como estados de excepción. Tal hipótesis normativa olvida que no puede decretarse una situación de paralelismo temporal entre la situación que da origen a la requisición y la que origina el decreto del estado de excepción, pues la primera situación puede cesar antes de que se extinga la segunda. Así mismo hay que hacer notar que no todo estado de excepción conduce a la emanación de actos de requisición.

En fin, planteada de esa manera la situación, pareciera que no resulta posible desde el punto de vista legal disociar la terminación de la requisición de uso, de la fecha de terminación del estado de excepción, lo que puede resultar correcto cuando el referido estado haya sido decretado, teniendo como base única y exclusivamente la situación que sustantivamente motiva la requisición, pero es fácil imaginarse que eso ocurre en muy pocos casos. Así por ejemplo, si durante el mes de diciembre el Presidente de la República, en virtud de la situación que se presentó en Venezuela con ocasión del paro cívico nacional hubiera

decretado el estado de excepción, con la finalidad de restituir la normalidad en varios frentes del orden interno, incluyendo transporte terrestre, combustible, abastecimiento, transporte acuático, etc., hubiera podido apreciar, por ejemplo, que era necesario requisar determinados transportes de combustible, mas no buques, ni alimentos, e inclusive pudiera haber ocurrido que cesara el paro del transporte de combustibles antes de vencerse el plazo del estado de excepción, y antes de que hubieran cesado todas las causas que condujeron al decreto, y aun en ese caso al tenor literal de ley tendría que haber continuado la requisición de los indicados bienes, hasta tanto fuese revocado el estado de excepción.

Sin dudas que, pese a esa literalidad de la Ley, pareciera conveniente transitar otros horizontes interpretativos, pues en el marco del ejemplo anterior carecería de todo sentido que la Administración continuara utilizando las unidades de transporte de combustible requisadas, en primer lugar, porque se causaría un perjuicio económico innecesario al patrimonio nacional, dado que habría que pagar la indemnización correspondiente, y en segundo lugar, y éste quizás sea el argumento más importante, la Administración excedería el límite al derecho de propiedad implícito en el acto ablatorio de requisición, siendo susceptible, pese a la vigencia del estado de excepción, de ser accionada en amparo esa actuación administrativa.

A la luz de los razonamientos anteriores, los cánones sistemáticos y teleológicos que presiden a la hermenéutica jurídica, conducen a postular la desvinculación en las hipótesis señaladas, de la terminación de la requisición de uso, con la terminación del estado de excepción, pudiéndose en consecuencia dar por finalizada la requisición, en todos aquellos casos en que haya sido superada la situación real que la originó, antes de que finalice el estado de excepción correspondiente. De todas maneras, cualquiera que sea la tesis interpretativa de la cual se participe, debemos concluir en que no existe término de duración de la requisición de uso, sino más bien una especie de condición resolutoria.

12.3.3.7.3.5.2.7. **Indemnización**. En todos los ordenamientos jurídicos el acto ablatorio de requisición, independientemente de la clase que sea, implica el pago de una indemnización por parte de la Administración Pública. Este principio también aparece recogido en la LOSEE, cuyo artículo 25 establece la obligación a cargo del Estado de pagar a los particulares la indemnización por el uso de los bienes requisados, cuando la requisición sea de uso, o el valor total de los bienes (fungibles), cuando sea en propiedad. La oportunidad para realizar ese pago, conforme al esquema normativo citado, pareciera ser en el momento de la restitución de los bienes, cuando se trate de la requisición de uso, y en el momento de practicar la requisición, cuando la Administración determine que no pudieren ser restituidos, o sean bienes fungibles o perecederos (requisición en propiedad).

El citado artículo 25 de la Ley se encarga de fijar la pauta sobre el monto de la indemnización, al precisar que el mismo se corresponderá con el precio que los bienes tengan para el momento de la requisición, desde luego, que dicho precio será el que tengan en mercado, lo que se inscribiría dentro del concepto de oportuna y justa indemnización a que alude el artículo 115 constitucional, consagratorio del derecho de propiedad. En la hipótesis de la requisición de uso, el aludido precepto legal dispone que la indemnización deberá hacerla la Administración una vez restituidos los bienes, es decir, después de haber sido utilizados, lo que resulta lógico, porque a diferencia de otras legislaciones no existe obligación para el ente requisante de fijar el término de la requisición; y por tanto, sólo se podrá valorar el uso después de restituidos los bienes, debiendo privar en esa valoración igualmente el valor del mercado.

12.3.3.7.3.5.2.8. **El derecho de propiedad, los estados de excepción y los actos ablatorios de requisición**. En principio cabe advertir que los preceptos contenidos en los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución, contentivos de los lineamientos generales sobre los estados de excepción, sólo aluden a la facultad del Ejecutivo Nacional

para restringir temporalmente las garantías consagradas en la Constitución, con excepción de las previstas en esa normativa y en el artículo 7 de la LOSEE. Nótese que de conformidad con los aludidos preceptos no existe una obligatoriedad por parte del Presidente de la República de restringir las garantías cada vez que decrete un estado de excepción. En cambio, la antes citada ley, en su artículo 6, convierte esa facultad en obligación, de tal manera que cada vez que se decreta un estado de excepción deben restringirse las garantías que considere pertinente el Ejecutivo, por supuesto, las que sean restringibles.

Aparte del criterio sobre la compatibilidad de esta norma legal con los preceptos constitucionales, que no es objeto de análisis en esta obra, interesa destacar que el acto ablatorio de requisición es una clara y contundente expresión de una **técnica de intervención** sobre los derechos de los particulares, y en este caso, concretamente sobre el derecho de propiedad. Por lo tanto, la connotación conceptual de la misma excede en el ámbito formal al estado de excepción, que en realidad es un presupuesto indispensable de procedencia de los actos requisitorios; de allí que no basta únicamente la vigencia de un estado de excepción para que pueda válidamente la Administración dictar órdenes de requisición.

En efecto, si en el referido decreto no llega a restringirse el derecho de propiedad, entonces la Administración quedará impedida para actuar ablatoriamente en la afectación de los atributos relativos al uso o a la disposición de dicho derecho, en virtud de que la regulación venezolana, a diferencia de la de otros ordenamientos, que relaciona la requisición con situaciones de urgencia y necesidad expresamente previstas en la ley, sin que sea necesario la vigencia de un estado de excepción, sí exige la vigencia previa del mencionado estado de excepción. De modo pues, que todo apunta a señalar que para la Administración poder dictar actos ablatorios, en el decreto del estado de excepción debe contemplarse necesariamente la restricción de la garantía del derecho de propiedad, pasando a ser esta restricción un

requisito adicional al presupuesto de hecho constituido por el decreto del estado de excepción.

12.3.3.7.3.5.2.9. **La experiencia de la "requisición de facto" realizada por el Poder Ejecutivo Nacional durante el "paro cívico nacional" del mes diciembre de 2002**. Es necesario recordar que durante el mes de diciembre de 2002 se produjo un "paro cívico nacional" (tanto de empresarios como de trabajadores) que condujo a la suspensión de aproximadamente del ochenta por ciento de las actividades de la empresa petrolera estatal (PDVSA), lo que produjo un severo desabastecimiento de combustible, porque la paralización afectó sensiblemente a toda la cadena productiva, desde la producción, refinación, transporte, hasta las ventas. La empresa tenía reservas de gasolina, pero como la mayoría de las empresas transportistas, casi todas privadas, se sumaron al paro, la cantidad de combustible que llegaba a las estaciones de servicio era muy reducida, produciendo una notoria escasez, primero en el interior del país, y después en la propia capital.

En ese estado de la situación, el séptimo día del paro, el Ejecutivo Nacional decidió dictar el Decreto N° 2.172, mediante el cual ordenó a la Fuerza Armada Nacional ejercer el resguardo de las instalaciones de la industria petrolera nacional, y coadyuvar en el control y funcionamiento de la misma, para garantizar la continuidad del servicio público de suministro de hidrocarburos a nivel nacional e internacional. Pero más importante que ese Decreto, a los fines de examinar el asunto que nos interesa, es la Resolución N° 333 dictada por el Ministerio de Energía y Minas, el mismo día 8 de diciembre de 2002, basada esencialmente en los artículos 4, 8, 60 y 61 del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, el primero de los cuales establece que las actividades reguladas por ese instrumento normativo son de utilidad pública y de interés social; el segundo, atribuye al Ministerio de Energía y Minas la competencia general para la formulación, regulación y seguimiento de las políticas y la planificación, realización y fiscalización de las activida-

des en hidrocarburos; el tercero estatuye que constituyen **servicio público** las actividades de suministro, almacenamiento y transporte de los productos derivados de los hidrocarburos destinados al consumo colectivo, y el cuarto establece que se requiere autorización expedida por el Ministerio de Energía y Minas para ejercer las actividades de suministro, almacenamiento, transporte, distribución y expendio de los productos derivados de hidrocarburos.

Pues bien, teniendo como fundamento normativo los mencionados preceptos, la Resolución establece en su artículo 2 que "**Los bienes muebles e inmuebles** destinados al suministro, transporte, distribución y expendio de hidrocarburos y sus productos necesarios para asegurar la eficiencia y continuidad del servicio público y evitar su interrupción **podrán ser utilizados temporalmente por personas debidamente autorizadas por el Ministerio de Energía y Minas y devueltos** a sus propietarios una vez que se normalicen las actividades con la prestación del servicio público", y en su artículo 3 que "Los medios de transporte destinados al servicio público de suministro de combustible**, de propiedad privada**, podrán ser conducidos por personal civil o de las fuerzas de seguridad que designe el Ministerio hasta tanto se regularice la normalidad en el servicio público, **sin afectar el derecho de propiedad**.

La simple lectura de los preceptos transcritos evidencia que el Ejecutivo Nacional mediante un instrumento de **rango sublegal (Resolución)** consagra en forma categórica e indudable el acto ablatorio de **requisición de uso**, como se desprende inequívocamente del transcrito artículo 2, que expresa que los **bienes muebles e inmuebles**, desde luego, de los particulares, aunque la norma no lo diga expresamente, porque es obvio que no puede existir requisición de uso de los propios bienes de la Administración Pública, **podrán ser utilizados temporalmente** por personas autorizadas por el Ministerio de Energía y Minas. El artículo 3, por si pudieran existir dudas sobre la atribución de ese poder ablatorio a la Administración, se encarga de clarificar que se trata de medios de transporte de **propiedad privada**.

Cabe añadir que muy pronto el Ejecutivo Nacional aplicó los indicados esquemas normativos, en virtud de que según la información aparecida en todos los medios de comunicación, procedió a requisar un conjunto de transportes (gandolas) de combustibles, e inclusive dos remolcadores de barcos, y los utilizó para el transporte de combustibles y para intentar atracar los barcos tanqueros que se encontraban fondeados por sus tripulaciones, cuyos miembros también se habían sumado al paro. De paso, según esas informaciones, como la requisición fue ejecutada por la Fuerza Armada Nacional, sin ningún tipo de acto escrito previo, el componente correspondiente de esa Fuerza ni siquiera convino en levantar una simple acta para dejar constancia de los bienes que sustraían, invocando la vigencia de la citada Resolución, a sus legítimos propietarios.

La aplicación de la referida normativa en los términos en que se acaban de narrar, demuestra incuestionablemente, en nuestro criterio, que el Ejecutivo Nacional incurrió en una flagrante violación del derecho fundamental de propiedad consagrado en el artículo 115 de la Constitución, al **REQUISAR DE FACTO** los bienes muebles antes señalados, pues constituye ya un principio general de derecho, y casi se podría decir que "civilizatorio", que un derecho fundamental, como es la propiedad, **NO PUEDE SER LIMITADO MEDIANTE INSTRUMENTOS DE RANGO SUBLEGAL**, como lo es una Resolución ministerial. En otros términos, constituye un exabrupto jurídico establecer por medio de una Resolución una figura tan delicada como la requisición de uso o en propiedad.

Pero la "facticidad" de esas pretendidas requisiciones se agrava, porque las normas sublegales transcritas no contemplan una de las dos variables claves o esenciales sobre las cuales se articula el concepto de requisición, como lo es la indemnización por el uso que le dio la Administración a los transportes requisados, o por la eventual apropiación de los mismos. Más aún, tales requisiciones se configuran como verdaderas "vías de hecho", en razón de la inexistencia total del

acto requisitorio emanado de la autoridad competente. Queda claro entonces que las indicadas requisiciones llevadas a cabo por el Ejecutivo Nacional deben calificarse como de facto en el marco de la terminología política, y de vías, hecho y actos flagrantemente inconstitucionales, en el marco de la ciencia jurídica, que inclusive podían aproximarse a una verdadera confiscación, totalmente prohibida por el artículo 116 de la Constitución.

A los argumentos anteriores debe añadirse otro casi indiscutible, derivado del propio Derecho positivo que examinamos en páginas anteriores, pues de dicho examen concluimos que en Venezuela aparece regulada la requisición de uso y la requisición en propiedad, principalmente en la ley Orgánica Sobre los Estados de Excepción, y tangencialmente en la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación, y en ambos instrumentos, se erige como presupuesto básico de todo acto de requisición, con la excepción del sustentado en la movilización de la Fuerza Armada Nacional, que previamente se haya **decretado el estado de excepción**. Reiteramos, pues, que la única manera válida jurídicamente de requisar bienes muebles o inmuebles por parte del Ejecutivo Nacional a los particulares, es que el Presidente de la República en Consejo de Ministros decrete previamente cualquiera de los estados de excepción, salvo el caso antes indicado.

En fin, independientemente de que se invoque la necesidad de mantener la continuidad de las actividades de suministro, transporte, distribución y expendio de hidrocarburos, calificadas por el Decreto ley de Hidrocarburos como de utilidad pública e interés social, e igualmente como actividades de servicio público, sin haber decretado el estado de excepción, todo acto del Ministerio de Energía y Minas o de cualquier otro órgano administrativo que comporte una requisición de uso o en propiedad, deber ser calificado como francamente inconstitucional, resultando aún más grave si dicha actuación ablatoria pretende fundamentarse en un instrumento de rango sublegal, pues además de infringir el derecho de propiedad, se lesiona el principio de la reserva legal.

No vale frente al derecho fundamental de propiedad que únicamente puede ser limitado conforme a la Constitución por instrumentos de rango legal (art. 115), invocar fines de utilidad pública o interés social, ni la calificación de servicio público de esas actividades, porque carece de sentido discutir acerca de la finalidad y la calificación que se deriva del Decreto ley de Hidrocarburos, sólo que su aplicación o utilización en un estado de derecho como Venezuela, necesariamente debe compatibilizarse con el texto constitucional.

Efectivamente, los fines de utilidad pública e interés social habilitan al Poder Público para limitar e inclusive extinguir el derecho de propiedad, siempre y cuando tal limitación aparezca contenida en un **instrumento de rango legal**, como lo ordena rotundamente el artículo 115 de la Carta Magna, y es obvio que no se requiere ser un experto jurídico para saber que una **Resolución** como la dictada por el Ministerio de Energía y Minas para establecer **la requisición de uso, carece de dicho rango**. De allí que la invocación en el aludido instrumento normativo (Resolución) de los fines de utilidad pública e interés social con que son calificadas las actividades reguladas en el Decreto ley de Hidrocarburos, resulte infundada doctrinaria y jurídicamente, para crear la figura de la requisición mediante un instrumento sublegal.

Por otra parte, es cierto que uno de los indicadores que tradicionalmente han sido señalados por la doctrina para intentar aproximarse a un concepto tendencialmente unívoco de servicio público, es el denominado principio de continuidad o de no interrupción, sustentado sobre la finalidad de todo servicio público, que no es otra que satisfacer necesidades de la colectividad, y resulta indiscutible que la interrupción en el funcionamiento del servicio obstaculizará o impedirá el logro de la referida de la finalidad. Es igualmente cierto que la Administración está obligada a actuar para impedir que salvo causas de fuerza mayor los servicios públicos no se paralicen. **Pero esa actuación,** sin lugar a dudas justificada, **necesariamente tiene que inscribirse en el con-**

texto del ordenamiento jurídico, pues de lo contrario se corre el riesgo que mediante la invocación de la preservación del referido principio se adopten actos arbitrarios, ilegales e inclusive inconstitucionales, lo que sin dudas resulta mucho más grave en un estado de derecho, que la suspensión de un servicio público, la cual puede ser corregida acudiendo a fórmulas válidas contempladas expresamente en el ordenamiento jurídico.

De otro lado, no hay que olvidar que el artículo 97 de la Constitución establece el derecho de huelga, sin exceptuar a ningún servicio público, condicionando su ejercicio al cumplimiento de las condiciones que establezca la Ley, las cuales están previstas en la Ley Orgánica del Trabajo, pero no es el caso examinar, pues lo que interesa es hacer notar que el principio de continuidad de los servicios públicos no tiene un carácter absoluto, y debe ser armonizado con el derecho constitucional de huelga. Por supuesto, que cuando en una suspensión de actividades laborales no se respeta el principio de no interrupción del servicio público, el ordenamiento laboral contempla mecanismos expeditos para su restitución, que lógicamente son los que debe utilizar la Administración competente.

No obstante, es necesario advertir que pese a que el denominado "paro cívico nacional" no tenía carácter laboral, de todas maneras debía respetarse el principio de la continuidad de los servicios públicos, y en caso de interrupción del servicio, como expresamos antes, la Administración estaba obligada a actuar para restablecerlo, pero desde luego respetando el principio de legalidad, el cual en ningún caso puede ser soslayado, ni siquiera para restablecer un servicio público, mucho menos infringiendo un derecho fundamental, como el de propiedad, que fue precisamente lo que ocurrió cuando por vía sublegal, dejando de lado la normativa expresa sobre la requisición de uso, procedió a establecerla mediante una Resolución ministerial, basado exclusivamente en la idea de preservar el aludido principio de los servicios públicos.

En suma, no queda más que afirmar que indudablemente carece de fundamentación jurídica y conceptual consagrar, como se hizo en la Resolución del Ministerio de Energía y Minas, la requisición de uso por vía sublegal, máxime si dicha figura aparece expresamente prevista en las Leyes Orgánicas Sobre Estados de Excepción y de Seguridad de la Nación, cuya aplicación se eludió, debido a que no estaba decretado el estado de excepción.

12.3.3.7.3.6. **Las órdenes y prohibiciones (órdenes administrativas)**. De conformidad con la clasificación formulada por Giannini, que hemos seguido para examinar los actos ablatorios como especies de las actividades de limitación u ordenación, las órdenes integran la categoría de los actos ablatorios personales, en virtud de que imponen a los particulares una obligación de hacer (orden positiva o mandato), o una obligación de no hacer (prohibición), que por supuesto implican una limitación generalmente en un derecho individual o en la libertad personal. Estos actos, como todos los dictados por la Administración persiguen la tutela de un interés público, y suelen contener una advertencia acerca de la aplicación de una sanción en caso de su incumplimiento.

Ha de subrayarse que como todos los actos que se inscriben dentro del género de las actividades administrativas de ordenación o limitación, o en términos de la doctrina menos moderna, de "policía administrativa", las órdenes administrativas deben tener una cobertura legal, y pueden estar contempladas expresamente en una norma legal o sublegal, dependiendo del ordenamiento, caso en el cual corresponde a la Administración una actividad meramente aplicativa o declarativa de la misma, que puede ser previa con la finalidad de conminar al destinatario a su cumplimiento, o puede ser posterior a la inobservancia por parte del destinatario, con el objeto de forzar su cumplimiento mediante el ejercicio de la potestad de autotutela. En realidad en esta hipótesis no se configura una orden administrativa, sino más bien una orden legal, que la Administración sobre la base de su potestad general de inspección y vigilancia en la materia que corresponda, debe hacer cumplir (ejecución de la orden).

La verdadera orden administrativa es el acto mediante el cual la Administración sobre la base de una disposición legal, impone "ex novo" la obligación positiva o negativa a los particulares. Para ello se requiere que la técnica legislativa esté concebida de tal manera, como sostiene SANTAMARÍA (2000), que la norma que habilita a la Administración no cree ni defina deberes, esto es que "atribuya potestades generales o describa objetivos a alcanzar (por ejemplo, lograr la limpieza de las calles, confiando su realización a la Administración, la cual para lograrlo puede dictar órdenes a las personas privadas, en el ejemplo citado la prohibición de arrojar papeles a las calles").

En ese mismo sentido BASSI (1980) en Italia, sostiene que la habilitación puede estar contenida en la norma de modo expreso o implícito, pero inequívoco, lo que significa la atribución de una potestad para lograr el cuidado de un interés público, que sólo puede lograrse acudiendo a la emanación de una orden administrativa. En esta perspectiva doctrinaria la norma jurídica debe ser redactada de tal manera que para que la Administración pueda tutelar el interés público específico, se requiera que emane la correspondiente orden. En otros términos, la situación es similar a la que ejemplifica Santamaría, cuando habla de potestades generales u objetivos a alcanzar.

Hemos dicho que toda orden administrativa debe tener una cobertura legal de distinto rango, según los ordenamientos, pero aquellas que limitan la libertad personal, como las clásicas órdenes de policía, inexcusablemente deben estar contempladas en instrumentos de rango legal. Es preciso advertir que, en términos generales las órdenes son actos cuyo procedimiento constitutivo es muy sencillo, dado que la iniciativa es de la propia Administración, no requiriendo generalmente mayores actos de sustanciación, y desde luego deben estar motivadas. La tendencia es que la orden sea escrita, pero la doctrina admite que pueda concretarse mediante una señal gráfica (cartel de prohibición de tránsito automotor), luminosa (semáforo), acústica (sirena de una patrulla) u oral (orden de detención de vehículos, o de desalojo de un local).

Quizás, las órdenes más importantes sean las de policía, y durante mucho tiempo bastante controvertidas, porque se pretendían fundamentar en el "poder general de policía", propio del Estado Liberal, actualmente inexistente a la luz de las Constituciones de la casi totalidad de los países. Ellas suponen una clara limitación a la libertad personal, como se desprende de los ejemplos que enumeramos en páginas anteriores, entre las cuales vale la pena recordar, la orden de disolución de una manifestación pública, la orden de "cacheo", la orden de retención para identificación etc. Muy similares a las órdenes de policía de seguridad o de orden público, son las de policía sanitaria, por afectar igualmente a la libertad individual, como por ejemplo, la orden de vacunación, pero igualmente pueden afectar a la actividad sanitaria desarrollada por particulares, por ejemplo, órdenes de clausura de establecimientos sanitarios.

Las órdenes han sido clasificadas atendiendo a sus destinatarios, en particulares y generales; a su objeto, en personales y reales; a su forma, escritas y orales; al poder que le sirve de fundamentación, en órdenes basadas en la supremacía general de la Administración Pública, y órdenes basadas en una relación de supremacía especial; atendiendo a la naturaleza de la obligación impuesta al destinatario, de hacer o mandatos, y de no hacer o prohibiciones, atendiendo a la naturaleza de la potestad que se ejercita, discrecionales y regladas; y atendiendo a su finalidad preventivas, directivas y represivas.

Conviene diferenciar las órdenes administrativas, generalmente fundamentadas en una potestad de supremacía general o especial, de las órdenes derivadas de una relación de jerarquía, como las que pueden impartirse en el seno de un ente o de un órgano administrativo complejo, por supuesto, estructurado jerárquicamente. Por último, aunque escapa al objeto del presente Manual, debe advertirse que quizás uno de los aspectos más controvertidos de las órdenes administrativas sea el relativo a su obediencia, cuyo punto nodal radica en la determinación de la existencia o no de un poder de evaluación por parte

del destinatario, de la legalidad y legitimidad de la orden, antes de cumplirla, y en caso de que la evaluación sea positiva, determinar dentro de qué límites debe producirse el cumplimiento.

12.3.3.7.4. **La actividad administrativa arbitral**. Dentro de las actividades de ordenación o limitación o de policía administrativa, la doctrina ha identificado algunas que a diferencia de todas las que hemos estudiado hasta aquí (actividades de policía de seguridad ciudadana, autorizaciones, actos ablatorios), dan lugar a situaciones o relaciones con los administrados, que tienen su origen en previsiones normativas de Derecho Administrativo, cuya incidencia o limitación recae sobre relaciones jurídicas que surgen entre privados. Para la mejor comprensión del asunto obsérvese, por ejemplo, que una autorización, sea declarativa o constitutiva, implica una limitación para el ejercicio de un derecho por parte de los particulares. También se configura esa limitación, pero mucho más intensa, cuando se trata de un acto ablatorio (requisición, expropiación, orden administrativa), pero lo que resulta común en todas esas actuaciones de los órganos administrativos es que las correspondientes relaciones a que dan origen siempre se configuran entre un particular y la Administración. En cambio, las actividades limitación u ordenación de la Administración Pública que examinaremos en este acápite se extienden a las relaciones jurídicas privadas o interprivadas reguladas esencialmente por el Derecho privado (civil y mercantil). SANTAMARÍA (2000) clasifica estas actividades en tres clases, a saber: actividad registral, actividad de formalización y control de negocios jurídicos privados y actividad arbitral.

Recordamos que en el esquema clasificatorio propuesto por Jordana de Poza todas estas actividades entran en la denominada actividad de policía, precisamente porque implican una limitación a los derechos de los particulares, pero algunos autores han planteado que se hace necesario desagregar de esa gran categoría, aun cuando a ella se le cambie el nombre por el de limitación u ordenación, otras clases, entre las cuales destaca la **actividad arbitral**, propuesta por el autor español

PARADA (1997), e identificarlas mediante la inferencia de ciertos rasgos característicos que permiten postular su diferencia con la señalada categoría (actividad de policía). Precisamente uno de esos rasgos fundamentales radica en que la limitación incide sobre relaciones jurídicas interprivadas.

Por esa razón pasaremos a examinar sucintamente sólo a la referida actividad arbitral, pero sobre todo porque pese a la discusión abierta acerca de la eventual colisión de las normas que confieren la potestad arbitral a la Administración, con las normas constitucionales que consagran el principio de separación de poderes, cada día dicha actividad administrativa adquiere mayor importancia, en virtud de la creación de las denominadas autoridades o Administraciones independientes, las cuales son vitales para disciplinar la libre competencia en el marco de la nueva concepción del servicio público.

En ese orden de razonamiento cabe recordar que el principio de la separación de poderes constituyó uno de los fundamentos (de naturaleza política) del Estado de Derecho, y si bien es cierto que en la actualidad resulta muy difícil postular su consagración original, es decir, manteniendo la fidelidad a la tesis de Montesquieu, de todas maneras el núcleo del mismo está presente en todas las Cartas Constituciones, bajo distintas denominaciones: separación de funciones, separación orgánica de poderes, etc. Pues bien, existe una convicción acerca de la necesidad de que ese núcleo del señalado principio, impone en una sociedad democrática que las controversias entre particulares sean resueltas por los órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, desde hace tiempo priva en los ordenamientos jurídicos la tendencia a conferirle potestades decisorias de algunas categorías de esas controversias a las Administraciones Públicas, denominándolas, en algunos casos, siguiendo a la terminología anglosajona, potestades “cuasijurisdiccionales” sobre la base de las cuales emanan actos de esa misma naturaleza, y en otros, potestades arbitrales, cuyo

ejercicio da lugar a actos administrativos arbitrales, que sustantivamente son casi verdaderas sentencias.

De esa manera la legislación produce una especie de desapoderamiento de competencias casi naturales, en el marco del principio de la separación de poderes, de los órganos jurisdiccionales, para traspasárselas a las Administraciones públicas, las cuales al ejercerlas no hacen más que decidir sobre relaciones jurídicas interprivadas, produciendo de esa manera un acto sustancialmente jurisdiccional y formal u orgánicamente administrativo. En otros términos, cualesquiera que sean las razones que se puedan invocar para tratar de justificar el referido desapoderamiento competencial del Poder Judicial, los ordenamientos que lo contemplan obligan a los particulares, en determinados casos, a acudir para la resolución de los conflictos que se susciten entre ellos en materia civil, mercantil, familiar, a un órgano administrativo, y sólo cuando existe un pronunciamiento expreso o presunto de éste, quedan legitimados para accionar ante los Tribunales que reiteramos son, de conformidad con el principio de separación de poderes, los órganos naturales de solución de conflictos. Lo que cabría preguntarse es, si esta intervención de la Administración Pública sobre las relaciones interprivadas, en realidad implica una actuación favorable o desfavorable para el logro de la justicia, máxime si se tiene en cuenta que de todas maneras el acto administrativo arbitral es susceptible de ser impugnado por ante los órganos jurisdiccionales.

Independientemente de la posición que se pueda asumir acerca de las bondades de la actividad arbitral de la Administración Pública, e inclusive de la compatibilidad de las normas que la consagran con los preceptos constitucionales que delinean a la separación de poderes, insistimos que cada vez se le otorgan más potestades de esta naturaleza a los órganos administrativos. En el caso venezolano, no se puede decir que sea una tendencia totalmente novedosa, pues desde hace bastante tiempo algunas leyes administrativas erigen en árbitro a la Administración. Así por ejemplo, la Ley de Propiedad Industrial de 1955, prevé la

oposición de un tercero al otorgamiento de una patente o una marca, siempre que con la misma no pretenda hacer valer su mejor derecho (artículos 63 y 75), correspondiéndole entonces a la Administración de la Propiedad Industrial, respetando el principio del debido procedimiento, decidir dicha oposición, desde luego, mediante un acto administrativo arbitral, que resulta susceptible de ser impugnado por ante el órgano jurisdiccional competente.

En la legislación laboral, la cual como sostiene PARADA (1997), tiene un carácter tuitivo, vinculado a los principios con que ella nace: el de la participación de los interesados y el del proteccionismo de los interesados, tradicionalmente se han sustraído un conjunto de controversias que se suscitan entre los patronos y los trabajadores de la esfera de competencia de los Tribunales, para traspasársela a los órganos administrativos que integran el Ministerio del Trabajo. Así en Venezuela, desde la primera Ley del Trabajo de 1936, se recogen en la misma manifestaciones de la actividad arbitral de la Administración, y en la Ley Orgánica del Trabajo vigente, existen bastantes ejemplos, entre los cuales vale la pena citar: la actividad que despliega el Inspector del Trabajo competente ante la solicitud de reenganche o reposición a su situación anterior, cuando un trabajador que goce de **fuero sindical**, sea despedido, trasladado o desmejorado (art. 454 y siguientes de la LOT); la actividad instada por el patrono para solicitar la calificación de despido de los trabajadores que gocen de fuero sindical (art. 453 LOT); la actividad derivada de la solicitud de calificación de despido de una mujer que goza de fuero maternal, por parte del patrono (art. 384 LOT), y así podrían mencionarse otros ejemplos en el ámbito laboral.

Ni qué decir de las Comisiones Tripartitas Laborales creadas por la derogadas Ley contra Despidos Injustificados, que eran órganos colegiados administrativos organizados en dos niveles, que llegaron a tener una extraordinaria importancia, en virtud de que eran los órganos encargados de calificar los despidos, y de restituir la situación jurídica infringida, con el pago de los salarios dejados de percibir, en caso de

que el despido fuere declarado injustificado. Precisamente la noción de actos "cuasijurisdiccionales" utilizada por una parte de la doctrina venezolana (RONDÓN DE SANSÓ, 1990), encuentra sustento en esa importante función desplegada por más de diez años por los mencionados órganos administrativos laborales.

La actividad arbitral de la Administración Pública, como expresamos antes, cobra mucha importancia en los servicios públicos económicos. Así la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en su artículo 37, numeral 23, erige en árbitro a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones de los conflictos que se susciten entre los operadores de servicios. Efectivamente, el mencionado dispositivo prescribe: "Son competencias de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, las siguientes: 1. Omissis. 23. Actuar como árbitro en la solución de conflictos que se susciten entre los operadores de servicios, cuando así sea solicitado por las partes involucradas o ello se derive de la aplicación de la Ley". Disposiciones de ese mismo tenor aparecen en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia y la Ley de Mercado de Capitales.

Así mismo, en el ámbito de las relaciones jurídicas interprivadas en materia de arrendamientos inmobiliarios el Decreto Ley correspondiente erige en árbitros a un órgano administrativo nacional, y a los Alcaldes, a los fines de la emanación del acto regulatorio, que pone fin a la controversia que en tal sentido surge entre arrendador y arrendatario. Inclusive puede afirmarse que la Administración llega a convertirse en árbitro sobre la controversia que se suscita entre ciudadanos con ocasión del derecho al sufragio pasivo. Ello ocurre en realidad cuando uno de los interesados impugna una elección, aunque formalmente dicha impugnación implique el cuestionamiento del acto electoral, de todos es conocido que en el curso del procedimiento se da un verdadero contradictorio entre el ciudadano electo o sus representantes y el impugnante, generalmente el perdedor de la elección, o sus representantes. Debe reconocerse que se trata de un arbitraje "atípico" porque en

cierto sentido el órgano jerárquico superior entra a juzgar la actuación de uno de sus órganos subordinados.

Sin embargo, si se atiende a la tesis que postula la necesidad de que la Administración cuando ejerza funciones arbitrales está obligada a tener comportamiento imparcial, es decir, que debe asumir el papel que le corresponde a un Juez, porque en el ejercicio de esa función no está involucrado interés público alguno, sino intereses meramente privados, aun en el ejemplo de los recursos administrativos electorales, está obligada a guardar el debido equilibrio entre las partes.

Insistimos en la tendencia que se observa actualmente en el ordenamiento venezolano a conferirle potestad arbitral a la Administración, tal vez siguiendo modelos extranjeros, sin detenerse a reflexionar sobre la compatibilidad de esas normas con los correspondientes preceptos constitucionales contenidos en los artículos 26, 137 y 253, de los cuales es posible hilvanar una tesis que postule el monopolio del Poder Judicial sobre las controversias que se susciten entre los privados, en virtud de que dichos preceptos consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio de separación de poderes y la competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial, respectivamente.

Tesis que cobra mayor fundamentación, si se admite que efectivamente en la actividad arbitral no se tutela interés público alguno, porque como hemos repetido a lo largo de este Manual, cada vez que la Administración actúa en ejercicio de potestades administrativas tiene como finalidad la tutela del interés general y de intereses públicos específicos, de tal suerte que podría afirmarse que una actividad de la Administración destinada a dilucidar una controversia entre privados, no podría calificarse de actividad administrativa.

En Venezuela la situación se complica aún más, por la carencia general de institucionalidad de la mayoría de los órganos de la Administración Pública, originada en la ausencia de una verdadera burocracia,

esto es, un personal de alto nivel gerencial, tecnificado y de carrera, lo que impide, como es fácil imaginarse, que el órgano, la más de las veces monocrático, a quien le corresponda ejercer la actividad arbitral, pueda hacerlo en forma independiente e imparcial. Esta situación se nota más cuando se intenta transitar la ruta europea o americana sobre la transformación del concepto de servicios públicos económicos, en los cuales resulta vital para que entre en juego plenamente la libre competencia, la creación de las denominadas administraciones o autoridades independientes, con competencias arbitrales, sustraídas en términos generales de todo tipo de control administrativo o político, por supuesto, sometidas a un mínimo control del Parlamento. La idea que priva en esos países es que esos órganos actúen con tal grado de autonomía e independencia, que sean capaces de ganarse el respeto y la confianza de los operadores de servicios, generando un clima de seguridad jurídica que promueva y proteja la libre competencia.

Planteada así la situación, no dudamos en admitir que cuando se confieren funciones arbitrales a este tipo de administraciones independientes, ciertamente, desde el punto de vista sustantivo, se tiende a resolver controversias entre particulares, pero al mismo tiempo –y eso es lo que nos parece más relevante– tal actuación está en función de la tutela de un interés público fundamental para el desarrollo económico en un mundo globalizado, como es la promoción, protección y regulación de la libre competencia. Basta contrastar estos mínimos postulados doctrinarios, con el funcionamiento de órganos como la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia y la Comisión Nacional de Valores, para no hablar de las Superintendencias de Bancos o de Seguros, para percatarse que estamos muy lejos de una actividad arbitral caracterizada por la independencia y la autonomía. Ni que hablar de la Dirección General de Inquilinato del Ministerio de Infraestructura.

De allí la urgente necesidad que los legisladores reflexionen seriamente sobre la tendencia que priva en el ordenamiento jurídico

venezolano, a conferirle potestades arbitrales a órganos administrativos, pues además del factor de inseguridad que su ejercicio representa, por las razones antes expuestas, también ese ejercicio da lugar a verdaderas alcabalas, al erigirse en requisito de admisibilidad de los recursos contencioso administrativos (agotamiento de la vía administrativa), que por lo menos obstaculizan el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 constitucional. En ese proceso de reflexión hay también que abrir el debate sobre el argumento concerniente a la eventual inconstitucionalidad de conferirle potestad arbitral a la Administración Pública.

BIBLIOGRAFÍA

ANNUNZIATA, U. ***Ocupazione e requisizione di immobili***. Cedam. Padova, 1988.

ARAUJO, JOSÉ. ***Principios Generales de Derecho Administrativo Formal***. Vadell Hermanos. Valencia, 1989.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. ***Gaceta Constituyente (Diario de Debates, Tomos I, II y II)***. Caracas, 2000

BASSI, FRANCO. "Ordini" en el libro ***Enciclopedia del Diritto. Volume XXX***. Giuffré. Milano, 1980,

BELLIDO, MARÍA, JOSÉ BLASCO Y OTROS. ***Derecho Administrativo II. Parte Especial***. Editorial Universitas. Madrid, 1998.

BERMEJO VERA, JOSÉ. ***Derecho Administrativo. Parte Especial***. Civitas. Madrid, 2001.

BREWER, ALLAN, RAMÓN PARADA Y OTROS. ***Las Formas de la Actividad Administrativa***. FUNEDA. Caracas, 1996.

BREWER ALLAN, HILDEGARD RONDÓN Y OTROS. ***Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos***. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1981.

CASSESE, SABINO. ***La Nuova Costituzione Económica***. Editori Laterza. Roma, 1996.

CERULLI, VINCENZO. ***Corso di Diritto Amministrativo***. Giapichelli. Torino, 1997.

CHAPUS, RENÉ, ***Droit Administratif Général. Tome 1***. Editorial Montchrestien. París, 2001. 15ª edición.

D'AGOSTINO, FILORETO. ***Manuale di Diritto Amministrativo***. Giuffré. Milano, 2001.

DE LAUBADERE, ANDRE. ***Manual de Derecho Administrativo***. Editorial Temis. Bogotá, 1984.

__________: ***Manuel de Droit Administratif Spécial***. Preses Universitaires de France. París, 1977.

DROMI, ROBERTO. ***Derecho Administrativo***. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1996.

FUERTE, JOSÉ LUIS "Límites constitucionales de la autotutela administrativa". En el libro ***Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría***. Civitas. Madrid, 1991.

GALATERIA, LUIGI Y MASSIMO STIPO. ***Manuale di Diritto Amministrativo***. UTEH. Torino, 1993.

GALLI, ROCO. ***Corso di Diritto Amministrativo***. Cedam. Padova, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. ***Curso de Derecho Administrativo***. Civitas. Madrid, 1998.

GARCÍA PELAYO, MANUEL. ***Derecho Constitucional Comparado***. Revista de Occidente. Madrid, 1967.

GARRIDO FALLA, FERNANDO. ***Tratado de Derecho Administrativo***. Volumen II. Tecnos. Madrid, 1989.

GIANNINI, MASSIMO. ***Diritto Amministrativo***. Giuffré. Milano, 1970.

GORDILLO, AGUSTÍN. ***Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II***. Ediciones Macchi. Buenos Aires, 1986.

ITALIA, VITTORIO, GUIDO LANDI Y OTROS. ***Manuale di Diritto Ammnistrativo***. Giuffré. Milano, 2002.

JORDANA DE POZAS, L. “Ensayo de una Teoría de Fomento en Derecho Administrativo. En ***Revista de Estudios Políticos N° 48***. Madrid, 1949.

MATTARELLA, BERNARDO. “L’ Attivitá”. En el libro ***Trattato di Diritto Amministrativo***. Giuffré. Milano, 2000.

MAZZAROLLI, L., G. PERICU Y OTROS. ***Diritto Amministrativo***. Editorial Monduzzi. Bologna, 1993.

MOREL OCAÑA, LUIS. ***Curso de Derecho Administrativo Tomo II (La Actividad de las Administraciones Públicas)***. Aranzadi. Pamplona, 1999.

NIGRO, MARIO. “L’Azione dei Pubblici Potteri. Lineamenti Generali”. En el libro ***Manuale di Diritto Pubblico***. Il Mulino. Bologna, 1994.

PARADA, RAMÓN. ***Derecho Administrativo I***. Marcial Pons. Madrid, 1997.

PAREJO ALFONSO, L. A. JIMÉNEZ Y OTROS. ***Manual de Derecho Administrativo***. Ariel. Barcelona, 1992.

PAREJO LUCIANO Y ROBERTO DROMI. ***Seguridad Pública y Derecho Administrativo***. Marcial Pons. Madrid, 2001.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. ***20 años de doctrina de la Procuraduría General de la República 1962-1981***. Tomo II. Caracas, 1984.

REBOLLO PUIG, MANUEL. “La policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad”. En el Libro ***El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI. Tomo II***. Editorial Tirant Lo Blanc. Valencia, 2000.

RIVERO, JEAN. ***Derecho Administrativo***. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1984.

RONDÓN DE SANSÓ, H. ***Los actos cuasijurisdiccionales***. Editorial Centauro. Caracas, 1990.

SANDULLI, ALDO. "Il Procedimento". En el libro ***Trattato di Diritto Amministrativo. Tomo secondo***. Giuffré. Milano, 2000.

SANTAMARÍA P., JUAN. ***Principios de Derecho Administrativo***. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1999.

SARMIENTO, JORGE. ***Derecho Público***. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1997.

SCOTTO, IGNAZIO. ***Diritto Amministrativo***. Giuffré. Milano, 1998.

VEDEL, GEORGE. ***Derecho Administrativo***. Aguilar. Madrid, 1980.

VILLAR EZCURRA, JOSÉ LUIS. ***Derecho Administrativo Especial***. Civitas. Madrid, 1999.

VIRGA, PIETRO. ***Diritto Amministrativo 2***. Giuffré. Milano, 1995.

ZANOBINI, GUIDO. ***Corso di Diritto Amministrativo***. Giuffré. Milano, 1958.

CAPÍTULO XIII

LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE FOMENTO

13.1. **Premisa introductoria**. Es necesario comenzar reiterando lo expuesto en el capítulo anterior, acerca de la multiplicidad de cometidos de la Administración Pública actual, para cuyo logro tiene que realizar igualmente múltiples, pero sobre todo variadas actuaciones, así como todo lo concerniente a los esquemas de clasificación de dichas actividades, con la finalidad de intentar encuadrarlas, hasta donde sea posible, en determinados regímenes jurídicos que tendencialmente orienten a los órganos administrativos y a los ciudadanos en torno a esas actuaciones. En esa línea argumental recordamos que doctrinaria e históricamente las denominadas actividades administrativas de **policía y de servicio público** fueron y siguen siendo conceptuadas como títulos de intervención de la Administración en las esferas de actuación de los particulares. Ahora bien, pese a que es posible identificar desde el siglo XIX en las Administraciones de varios países europeos, lo que hoy conocemos como actividad **administrativa de fomento**, la formación del concepto y su deslinde, también como técnica de intervención administrativa, se produce apenas a comienzos de la década de los cincuenta del siglo XX.

Ha de advertirse que es la doctrina española la que inicia (JORDANA DE POZAS, 1949), y también la que desarrolla la decantación conceptual de este tipo clasificatorio de las actividades administrativas, y quizás esa sea la razón por la cual en todos los tratados y manuales de Derecho Administrativo español, es examinado en forma destacada, a diferencia de lo que ocurre en países como Italia y Francia, en los cuales en lugar de darle la especificidad española, tienden a incluirlas en la categoría general de las actividades económicas realizadas por la Administración, o en la categoría de los denominados actos concesorios de la Administración, limitándose la más de las veces a analizar más bien en forma monográfica la técnica más emblemática de la actividad de fomento, como lo es la subvención. Esa orientación al parecer tiene su origen, como lo veremos más adelante, en la influencia determinante que tuvo el liberalismo económico en la Revolución Francesa, y por ende, en el Derecho Administrativo francés.

Desde luego, que la actividad de fomento, sobre todo en países como el nuestro, tiene todavía una significativa importancia, pues implica una intervención muy especial, a diferencia de la que se configura con la de policía y la de servicio público, en cierto tipo de actividades de los particulares, mediante la promoción y el estímulo a la realización de las mismas, razón por la cual se impone –como expresamos antes– la elaboración de un régimen jurídico, cuya aplicación preserve tanto los intereses de la Administración como la de los particulares; de allí entonces que el examen, aunque sea en forma sucinta de este tipo de actividades, tenga ciertamente importancia académica, pero también práctica, pues su realización casi siempre comportará la utilización de recursos públicos, igualmente casi siempre a fondo perdido, total o parcialmente.

13.2. **Breve excursus histórico**. Como expresamos en el acápite anterior, la idea general de la actividad de fomento de la Administración, en virtud de estar muy vinculada con la procura del bienestar de los súbditos que era, y sigue siendo en otro contexto, el

cometido fundamental de la Administración Pública, es de antigua data, al punto que algunos autores españoles (VILLAR PALASI, 1954), citan como muestra de dicha antigüedad la generalización del sistema de subvenciones que se produjo durante la época de los Austria en España (siglo XVI), y añaden que hasta el siglo XIX en el marco de esa concepción siguen las Administraciones realizando actuaciones que hoy conocemos como de fomento, al punto que en el año 1832 se crea en España el Ministerio de Fomento, cuyas funciones esenciales en los primeros tiempos, siempre presididas por la búsqueda del bienestar de los ciudadanos, estaban más bien orientadas a la construcción de obras públicas (ferrocarriles, obras hidráulicas, etc.), en las cuales muchas veces jugaba un papel relevante la subvención. Esos mismos autores señalan que con el transcurso del tiempo el concepto de fomento se va a orientar hacia la idea original, esto es, estimular la actividad de los particulares en la dirección querida por la Administración, especialmente en el ámbito económico.

En este punto es preciso traer a colación la especial acotación de DE LA CUETARA (1983), en el contexto de la evolución de la actividad de fomento en España, quien hace notar que como toda forma de intervención, el fomento va a ser rechazado totalmente por resultar contrario al postulado del liberalismo económico que sirvió de fundamento a la Revolución Francesa, y en definitiva al advenimiento del Estado de Derecho, razón por la cual el Derecho Administrativo que se importa de Francia para España no va a conocer ni a reconocer esta forma de actividad administrativa, y ello tal vez explique que en el mencionado país durante todo el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX se continúen realizando actividades de esta clase, pero sin vincularlas a un régimen jurídico particular, como en cambio sí ocurría con las actividades de policía y de servicio público.

En ese orden de ideas, sostiene SANTAMARÍA (1999), que es después del primer tercio del siglo XX cuando comienzan a utilizarse en España medidas de promoción o fomento de manera sistemática y

global, "como elementos básicos de las políticas globales de desarrollo de raíz keynesiana…". Esa utilización continúa incrementándose en la segunda mitad del siglo XX, y es precisamente en esa época (1949) cuando JORDANA DE POZAS deslinda de los otros títulos de intervención de la Administración a la actividad de fomento, elaborando, o mejor dicho, proponiendo el correspondiente marco teórico. Puede afirmarse entonces que es a partir de esa fecha cuando la doctrina comienza el examen sistemático de esta categoría de actividades, que insistimos encuentra un notable desarrollo en España, al punto que han sido promulgados y dictados instrumentos jurídicos en los cuales se diseña puntualmente su régimen jurídico.

En la actualidad bajo esa denominación, bien atendiendo a la concepción imperante en la doctrina y en la legislación española, o sencillamente atendiendo a específicas técnicas de fomento, como la subvención o las exenciones fiscales, puede decirse que en mayor o menor proporción la actividad de fomento es desarrollada por casi todas las Administraciones Públicas de la mayoría de los países del mundo occidental. Es cierto que en los últimos tiempos –en varios Estados– se nota una tendencia a utilizar menos las técnicas de fomento, en virtud de que la experiencia ha demostrado que las mismas en no pocas veces sirven de vehículo para propiciar la corrupción, pero sobre todo porque ha sido necesario realizar una labor casi de filigrana jurídica a los fines de matizarlas, y de esa manera evitar que se conviertan en instrumentos que subviertan el principio de la libre competencia, que como es sabido en las economías de mercado abierto constituye una variable fundamental para su desarrollo.

13.3. **Marco conceptual**. JORDANA DE POZAS (1949), al identificar la actividad de fomento la definió como "… la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades consideradas de carácter público, protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se

estiman de utilidad general, sin utilizar la coacción ni crear servicios públicos". Es necesario reconocer que aunque la mayoría de los administrativistas españoles han abordado el estudio de la actividad de fomento, en realidad poco han agregado a la concepción general formulada por el citado autor. Desde luego que no puede desconocerse que ellos han contribuido a enriquecer dicha concepción, sobre todo en lo atinente a su régimen jurídico, pero insistimos en que las variables sobre las cuales se articula la misma se mantienen sin ninguna modificación. En efecto, dichas variables siguen estando vinculadas a un elemento positivo (teleológico), que no es otro que promover o estimular determinadas actividades de los particulares, cuya realización resulta importante para el interés público o general, y a un elemento negativo (metodológico), dado que las referidas actividades de promoción o estímulo, excluyen formalmente todo tipo de técnica que signifique coacción, o en general limitación a los derechos de los particulares.

Las indicadas variables permiten diferenciar a la actividad de fomento de la de servicio público, ya que esta última implica la erogación de una prestación a favor de los particulares (educación, teléfono, gas, etc.), por parte de la Administración o de un concesionario de ésta; en cambio, la actividad bajo examen sólo comporta un estímulo a los particulares, y de ninguna manera prestación alguna (subvención, beca, exenciones fiscales, etc.). Asimismo, la otra variable (negativa) permite diferenciarla de la actividad de policía, que como hemos visto siempre implica una limitación o restricción de las actividades de los particulares, la cual por supuesto está ausente en la actividad de fomento.

Resulta muy importante destacar que la referida ausencia de restricción no implica el desconocimiento de la actividad de fomento como título habilitante de intervención de la Administración sobre los particulares, como ocurre con las actividades de servicio público y de policía, pues si bien es cierto que en su realización como tal actividad, no está presente la acción coactiva de la Administración, verbigracia,

cuando otorga una subvención para estimular la producción de determinado alimento, ya que en esa hipótesis la Administración carece de potestades para obligar al particular a su aceptación, pues en estricta puridad, la relación subvencional o de fomento se limita en términos generales a la correspondiente aportación patrimonial y a la recepción de la misma para utilizarla en la actividad indicada, de tal manera que no llega a producirse con ocasión de la misma restricción o coacción alguna. No obstante, la actividad de fomento deviene en un título de intervención administrativa, en virtud de que corresponde a la Administración teniendo a la vista los planes económicos y sociales, seleccionar los sectores sobre los cuales recaerá su actividad de estímulo o promoción. De esa manera, sobre todo en materia económica, aun en una economía de mercado abierto, el Estado puede llegar a utilizar las actividades de fomento inclusive para intentar corregir las imperfecciones del mercado, sin llegar a atentar contra los principios de libre competencia y de libertad de empresa.

Por otro lado, como lo veremos más adelante, una vez que la Administración estimula determinada actividad, sobre todo acudiendo a la técnica típica de la subvención, adquiere ciertas potestades, desde luego, contempladas en el correspondiente ordenamiento jurídico, para controlar la aludida actividad, pudiendo en caso de incumplimiento parcial o total por parte del subvencionado modificar y hasta revocar la medida de fomento; de allí, pues, que pese a que ciertamente la falta de coacción sea una de las variables que sirve para articular el concepto de fomento, ello de ninguna manera implica el desconocimiento de su naturaleza de título básico de intervención de la Administración Pública sobre los particulares.

En fin, a luz de lo anteriormente expuesto, es posible identificar como características de la actividad de fomento, las siguientes:

a) Es una actividad de la Administración que constituye un título que la habilita para intervenir en la actividad de los particulares;

b) En principio su ejercicio excluye la coacción sobre las actividades de los particulares, de tal manera que si desde el punto de visto teórico o conceptual es posible ubicar una actividad de la Administración como de fomento, pero en realidad ella conduce a la limitación o a la coacción de los particulares, entonces deja de encuadrar en este tipo clasificatorio, para hacerlo en el correspondiente al de policía. Sería el caso de un decreto que obligase a las radioemisoras a colocar un porcentaje de música venezolana (el superado 1x1), para estimular la difusión de esta clase de música, so pena de imposición de sanciones administrativas, o el caso de que la Administración elevara sustancialmente los aranceles de importación de determinados productos, con la finalidad de incentivar la producción nacional, ya que estaríamos ante una clara limitación de la libertad de comercio, aunque orientada específicamente a fomentar la indicada producción. En ambas hipótesis, pese a que las medidas apuntan al "fomento" de las referidas actividades, su procedencia aparece condicionada al establecimiento de limitaciones a los derechos de los particulares.

c) Así como en este tipo de actividad está ausente la limitación o coacción, a la par está presente, como ya lo indicamos, un elemento positivo que en criterio de DE LA CUETARA (1985) revela una "actuación de favorecimiento", con carácter ampliador de la esfera de derecho del particular sobre quien recae la medida de fomento, en virtud de que éste accede a posiciones jurídicas de ventaja que antes no detentaba".

d) La actividad de fomento estimula la de los particulares cuando coincide con el interés general; por consiguiente, el fomento, específicamente su técnica básica (subvención), únicamente puede favorecer a los particulares, excluyéndose de esa manera las denominadas subvenciones de servicio público, mediante las cuales la Administración con la finalidad de mantener el equilibrio de la concesión, realice aportes de dinero a los concesionarios de estos servicios. Tampoco constituyen medidas de fomento las transferencias de fon-

dos entre Administraciones Públicas, verbigracia de la Administración Estatal a la Administración estadal o municipal, o a un ente de la Administración Nacional descentralizada funcionalmente. No obstante, es menester dejar sentado que el Derecho positivo puede perfectamente quebrantar el aludido principio, y conceptuar como medidas de fomento a estas dos últimas hipótesis de subvenciones.

e) Finalmente, la actividad de fomento debe ser aceptada voluntariamente por los particulares, y estar dirigida a incidir sobre el interés general o público, pues como afirma VILLAR EZCURRA (1999), no por obvias estas características pueden ser ignoradas, o mejor dicho destacada su importancia, pues en el primer caso, la inexistencia de la aceptación voluntaria "real" del particular, puede servir de manto para encubrir el "dirigismo" de la Administración sobre cierto sector de la economía, desnaturalizando de esa manera el concepto de fomento, al transformarlo en forma encubierta en actividad de policía, y en el segundo, por su vinculación al interés público, que como se sabe es un concepto jurídico indeterminado, la aplicación en la práctica de la medida de fomento por parte del Estado, puede llegar a suscitar problemas, si la actuación administrativa no está presidida por los principios de transparencia, eficiencia y objetividad, ya que de lo contrario puede lesionar el principio de la libre competencia, básico en una economía de mercado abierto.

En ese orden de razonamiento cabe destacar, como lo señala el citado autor, que desde el punto de vista genérico nadie duda acerca de la pertinencia y obviedad de las señaladas características de la noción de fomento (aceptación voluntaria, y dirección hacia la consecución de un fin público) ya que resulta muy difícil desconocer, por ejemplo, que una actividad privada que conduzca a la creación de empleos, está estrechamente vinculada a la consecución de un fin público, razón por la cual encuadra dentro de aquellas que resultan susceptibles de ser estimuladas o promovidas por la Administración Pública.

Sin embargo, el problema se suscita en el momento en que corresponde apreciar la existencia de esa característica en la determinación del caso concreto, a los efectos de la aplicación de la medida; de allí que los legisladores al regular esta actividad deberían procurar establecer presupuestos de hechos tasados y concretos, con la finalidad de evitar que la Administración utilice incorrectamente el fomento, acudiendo al ejercicio de potestades discrecionales que suele acompañar la realización de este tipo de actividad, para desviar el estímulo hacia esferas de actuaciones de los particulares que estén desvinculadas del interés público, e inclusive para convertir en la práctica la recepción voluntaria de la ayuda, en recepción obligatoria.

Es necesario advertir que son muchas y muy variadas las técnicas de fomento, como lo veremos más adelante en forma sistematizada, entre las cuales destacan condecoraciones, premios académicos, exenciones fiscales, primas de producción, avales, créditos, subvenciones, etc. Por supuesto, que el régimen jurídico de cada ordenamiento será el que fije las condiciones de procedencia y operatividad de cada una de esas técnicas. Hemos hecho referencia a la indicada diversidad con la finalidad de destacar la vigencia del principio de intercambiabilidad de las mismas, dado que todas ellas tienen un mero carácter instrumental a los fines de alcanzar el objetivo deseado, que no es otro que tutelar un determinado interés público. Así por ejemplo, a los efectos de estimular la producción de ciertos medicamentos, la Administración podrá optar entre varias alternativas como las siguientes: concederle a los fabricantes una subvención, exonerarlos del pago de impuestos, o establecer un desgravamen de las materias importadas que sean necesarias para la fabricación.

En todo caso, corresponderá a la Administración, atendiendo a las orientaciones de la Política o Plan económico, optar por alguna de esas técnicas de fomento, sin que la opción por cualquiera de ellas incida en el aspecto teleológico de la actividad de fomento; de allí entonces el aludido principio de intercambiabilidad de las técnicas. De

otro lado, es necesario destacar que nada obsta, sin que ello sea lo usual, para que los órganos administrativos competentes decidan utilizar varias técnicas a la vez, lo que revela que si bien éstas son intercambiables, no son excluyentes. Más aún, nada impide que se combinen, atendiendo a los objetivos perseguidos por el Estado, las técnicas de fomento con las de policía administrativa, situación que suele darse sobre todo en el fomento de actividades sociales, verbigracia en el caso de las denominadas viviendas de interés social.

13.4. **Clases de técnicas de fomento**. Indudablemente que la finalidad perseguida por la Administración con el fomento (estimular o promocionar una actividad de los particulares coincidente con el interés público) es muy amplia, razón por la cual resultan numerosas las técnicas que puede utilizar para lograr dicha finalidad. Por esa razón la doctrina ha formulado algunos criterios con la intención de agruparlas o sistematizarlas, entre los cuales destacan el relativo a la incidencia de la actuación de la Administración sobre los particulares, que da origen a técnicas de carácter positivo y de carácter negativo. Con las primeras se otorga una ayuda o ventaja en forma directa a los particulares, como en el caso de las subvenciones, los premios, etc., y con las segundas, también se otorga una ayuda, pero en forma indirecta, en virtud de que las mismas implican la exención a los particulares de una carga u obligación, como en el caso de las exenciones fiscales, las moratorias de pago, etc.

El otro criterio clasificatorio atiende más bien al tipo de estímulo o ayuda que otorga la Administración, formulado originalmente por JORDANA DE POZAS, da lugar a las denominadas técnicas honoríficas (condecoraciones civiles, militares, premios literarios y científicos, etc.); técnicas jurídicas (concesión del privilegio de la expropiación forzosa, la dispensa del límite máximo de construcción previsto en la Ordenanza de una ciudad, etc.), y las técnicas económicas (subvenciones, exenciones fiscales, créditos, avales, etc.).

13.4.1. **Técnicas honoríficas**. Encuentran su fundamentación en el efecto de emulación que reviste el reconocimiento de determinadas actividades de los particulares, mediante premios (literarios, científicos, etc.) condecoraciones civiles y militares, reconocimientos académicos (laudes, premios especiales de graduación, etc.). Es cierto que alguna de estas medidas pueden comportar una aportación patrimonial a quienes se les otorga, como por ejemplo, la parte metálica de determinados premios, o de ciertos reconocimientos académicos, pero en definitiva lo que cuenta en el marco de la actividad de fomento es el estímulo derivado del prestigio de la obtención de la medida, lo que permite suponer que otras personas intentarán desarrollar conductas como las premiadas o reconocidas. Desde luego, que se trata de una actividad de la Administración con carácter exposfacto, en virtud de que la medida (condecoración, premio, etc.) es adoptada después de la actuación del particular.

La doctrina señala que este tipo de técnicas de fomento que aparecen en la clasificación de Jordana de Pozas, si bien revestían importancia en el pasado, en la actualidad carecen de relevancia, y que en todo caso su eventual utilidad para lograr el fin perseguido (emulación) resulta casi nula, sobre todo por el cuestionamiento a que normalmente son sometidos la mayoría de los premios y condecoraciones, inclusive, algunos teóricamente tan prestigiosos como el Nobel, debido a la amplísima discrecionalidad que detentan quienes los otorgan. Por supuesto que ese cuestionamiento intrínseco dificulta bastante lograr la emulación que persigue la Administración con esta técnica de fomento.

Pero tal vez la crítica más contundente sobre estas técnicas haya sido formulada por SANTAMARÍA (1999), quien asoma serias dudas acerca de que las mismas revistan el carácter de medidas de fomento, cuando expresa "todas estas modalidades de acción premial poseen una relevancia e impacto social indudables; pero *su calificación como medidas de fomento es altamente discutible*. De promoción o fomen-

to puede hablarse con propiedad **sólo en la medida en que pueda establecerse una relación directa de causa a efecto entre una acción pública dirigida a un sujeto y la realización por éste de una conducta o actividad de interés general**, y nada de ello sucede en las medidas que antes enumeramos…" Si el criterio de la relación de causalidad entre la acción de la Administración y la conducta desplegada por el particular necesariamente orientada hacia la tutela de un interés público, resulta acertado, como nos parece a nosotros, para identificar operacionalmente a las medidas de fomento, habría que concluir que las denominadas técnicas honoríficas no entrarían dentro de la actividad de fomento de la Administración, o únicamente podrían considerarse como tales, como asienta el citado autor, vistas desde una "perspectiva particularmente laxa".

13.4.2. **Técnicas jurídicas**. Estas técnicas de fomento reciben esa denominación específica, debido a que cuando la Administración recurre a ellas debe conferir un "privilegio jurídico" al particular favorecido, o mejor en términos de GARRIDO FALLA (1989), consisten en "la concesión de dispensas frente a leyes y reglamentos prohibitivos". En ese orden de ideas se citan como ejemplos en el ordenamiento español el otorgamiento a un particular del carácter de beneficiario de la expropiación forzosa, la vecindad administrativa (en tiempos pasados) y la dispensa para construir en determinada zona de una ciudad, más allá del límite de altura máxima previsto en la correspondiente Ordenanza, desde luego para incentivar la construcción de cierto tipo de viviendas.

Afirma VILLAR EZCURRA (1999) que la ventaja de este tipo de medidas radica en que su adopción no comporta ningún gasto público, motivo por el cual no encuentra límites para su extensión, atendiendo a los fines perseguidos por la Administración. No obstante, en torno a la ventaja señalada por el citado autor, la mayoría de la doctrina sostiene que la indicada extensión en realidad es muy relativa, porque al involucrar el otorgamiento de un privilegio para los particulares beneficiados, ello en esencia comporta una violación al principio de

igualdad constitucional, de tal manera que lograr la compatibilidad con ese principio fundamental, impone una actuación muy laboriosa por parte del legislador al diseñar las mencionadas medidas, lo que de suyo reduce significativamente su número, y por ende su importancia. En otros términos, la consagración de estas medidas requiere, en primer lugar, normas de rango legal; y en segundo lugar, que las mismas estén redactadas con el debido cuidado y precisión que las torne compatibles con el indicado principio constitucional.

Finalmente, ha de advertirse que no pueden conceptuarse como pertenecientes a esta clase de técnicas de fomento, medidas como la imposición a determinada categoría de consumidores o fabricantes la obligación de comprar determinados productos provenientes del particular estimulado por la Administración, ni tampoco las situaciones tendentes a asegurar determinadas cuotas de mercado, porque ellas escaparían a la noción de fomento, y entrarían en la de policía administrativa, por implicar restricción a la esfera jurídica de los particulares, y también porque lesionan el principio de libre competencia.

13.4.3. **Las técnicas económicas**. A diferencia de las técnicas honoríficas y jurídicas de fomento, que como hemos visto actualmente carecen casi de importancia, las técnicas económicas constituyen el núcleo fundamental de la acción de fomento de la Administración Pública, en virtud de que todavía son utilizadas en muchos países en el marco de los correspondientes planes económicos y sociales para orientar el desarrollo en esos sectores. Por tanto, casi puede afirmarse que no sólo son las más importantes, sino que representan la verdadera y casi única categoría de las técnicas de fomento. En general se traducen en el otorgamiento de una ventaja patrimonial para el particular favorecido o estimulado, y debido a que son muchas y variadas, Jordanas de Pozas las clasificó en reales y financieras. Mediante las primeras se pone a disposición del particular bienes de propiedad pública para que los utilice en el desarrollo de la actividad promocionada, como por ejemplo, el permiso para la utilización del dominio público.

Las financieras implican la transferencia de capitales o de dineros públicos al particular favorecido, o bien la exención de algunas de sus obligaciones de carácter fiscal. Cabe advertir que atendiendo a esta noción conceptual han sido clasificadas en directas e indirectas, implicando las primeras, la dispensa total o parcial de una obligación económica de carácter general, tributaria o no, y aunque formalmente no afectan al gasto público, en cambio sí tienen incidencia sobre los ingresos públicos, porque las referidas medidas realmente implican una reducción de dichos ingresos, en proporción al monto de las mismas. Las segundas comportan la transferencia de recursos públicos, razón por la cual afectan al gasto público, siendo la más representativa de ellas la subvención.

Entre las técnicas financieras indirectas la doctrina suele mencionar a **las exenciones fiscales**, mediante las cuales, como su nombre lo indica, la Administración dispensa a la actividad o empresa promocionada del pago de los impuestos correspondientes. Generalmente estas medidas tienen carácter temporal; a **las desgravaciones fiscales**, que constituyen una modalidad de las exenciones, pero vinculadas a situaciones especiales que confrontan determinadas empresas o actividades; a **las admisiones temporales** que en el ordenamiento español consisten en la configuración de una excepción al régimen aduanero en la importación de materias primas, las cuales una vez trabajadas por la industria nacional, son exportadas.

Cabe advertir que las exenciones y las desgravaciones fiscales deben estar previstas expresamente en normas de rango legal (principio de reserva legal), y si bien pueden ciertamente ser utilizadas como verdaderas técnicas de fomento, SANTAMARÍA (1999), sostiene que ese carácter actualmente resulta muy discutible, pues se trata más bien de medidas generales que deben estar inscritas en la Política o el Plan económico de un país, y agrega dicho autor que "… además el empleo de estas técnicas se halla hoy en franca regresión, por considerarse contrarias a la ortodoxia de la imposición tributaria: un beneficio fiscal es

un pago indirecto (bajo la forma de un ahorro de gasto del sujeto pasivo) que, en términos contables correctos, debiera ser sustituido por una prestación directa (esto es, una subvención)".

Entre las medidas financieras directas destaca de manera particular **la subvención**, motivo por el cual la examinaremos detalladamente más adelante, además de los **créditos,** los cuales pueden adoptar distintas modalidades, pero todas ellas tienen en común que comportan una ventaja, para el particular, si se comparan con los créditos que otorgan los bancos e instituciones financieras privados. Así, por ejemplo el préstamo con un interés menor al del mercado, o con intereses subsidiados, los denominados anticipos que son préstamos especiales, en razón de que el prestatario no paga intereses, y devuelve el capital en condiciones muy favorables, **los avales y garantías** otorgados por la Administración Pública, para que el particular pueda obtener créditos en las instituciones financieras.

13.5. **Las modalidades utilizadas por la Administración para el otorgamiento de los estímulos económicos de fomento**. Cabe resaltar que el otorgamiento de los estímulos económicos a la actividad de los particulares coincidente con el interés general, puede resultar una acción episódica o coyuntural, pero también puede suceder –y es lo deseable– que el mismo se inscriba dentro de un plan o de una política general de la Administración, en el cual las medidas de promoción tiendan a regular, desde luego, por vía indirecta, a un sector de la economía. En realidad puede tratarse de un plan general, o de un plan sectorial, pero lo importante que debe tener presente en su análisis el operador jurídico o el administrador, es que independiente del tipo de plan, la idea de regular un sector de la economía no está restringida únicamente a las técnicas de fomento, sino que generalmente requiere técnicas de policía, así como decisiones de "publificación" o de "despublificación" del sector. En todo caso, lo que aquí interesa hacer notar es que la armonización de esas clases de actividades administrativas en el proceso de ejecución del plan, supone que al particular tener acceso a

las técnicas de fomento, puede quedar sujeto a las limitaciones derivadas de la actividad de policía y de servicio público.

En fin, los lineamientos del plan económico, aprobado mediante la norma del rango que sea suficiente de conformidad con el respectivo ordenamiento, se imponen a los beneficiados por los estímulos económicos, y por supuesto que esa sujeción se extiende también las técnicas de policía. Así, por ejemplo, un plan de viviendas populares, puede contemplar el otorgamiento de estímulos económicos a los constructores, tales como créditos subsidiados, anticipos, etc., pero a la vez impone que los beneficiados en su actividad deben quedar sujetos a los límites establecidos en el plan, tales como el tipo de vivienda, el tamaño de la misma, el precio por metros cuadrados, etc.).

De modo, pues, que sin negar la modalidad de otorgamiento de ayudas económicas en forma coyuntural a determinados administrados, todo apunta hacia la prevalencia de la tendencia a inscribir las técnicas de fomento en los referidos planes económicos, lo que no deja configurar una situación paradójica, puesto que si por definición el fomento escapa a todo intento de coacción de los particulares en la realización de sus actividades, cuando el mismo aparece encuadrado en un plan, cuya finalidad básica es regular la actividad o un sector económico, evidentemente que deviene en el marco del plan (armonización de las diversas técnicas: policía, servicio público y fomento), en una técnica que indudablemente es utilizada por la Administración para controlar la actividad económica de los particulares, desde luego, colocada en una perspectiva de tutela del interés general, pero control al fin y al cabo.

De otro lado, conviene subrayar que la doctrina española (VILLAR EZCURRA, 1999, MARTÍN RETORTILLO, 1988), vincula la planificación económica a la denominada "acción concertada", que da lugar a una relación contractual entre el particular –en este caso el beneficiario de la medida de fomento– y la Administración, sobre la

base de los lineamientos contenidos en el plan, atendiendo a las siguientes fases: aprobación del plan, generalmente mediante la combinación de normas de rango legal y reglamentario, oferta de la Administración a los particulares interesados en los beneficios del plan, para la cual se propone un convenio, en el cual se detallan las circunstancias de otorgamiento de ayudas económicas, pero a la vez las obligaciones que adquiere el particular; y la suscripción del convenio por ambas partes, una vez que es aceptado por el particular. De modo, pues, que la acción concertada no es más que una especie de operacionalización de las disposiciones del plan concernientes a un sector de la economía, mediante la suscripción de un convenio que generalmente tiene un carácter estandarizado, entre la persona o empresa que recibe el estímulo económico y la Administración concedente.

13.6. **Los principios jurídicos que regulan la actividad de fomento de la Administración Pública**.

13.6.1. **Premisa introductoria**. Es necesario reiterar que si bien la conceptuación del fomento como una de las categorías fundamentales de la actividad administrativa es reciente, su existencia como tal es de antigua data. Ahora bien, desde que se comienza a utilizar, e inclusive aun después que Jordana de Pozas elabora la indicada construcción conceptual, privó y continuó privando la tendencia a considerar las ayudas provenientes del Estado para procurar el bienestar de la colectividad, mediante el estímulo a determinadas actividades de los particulares coincidentes con el interés público, como una expresión de beneficencia o liberalidad de la Administración, al punto que durante mucho tiempo fueron consideradas como meras donaciones. Atendiendo a esa razón se impuso la tesis de la exclusión de esta actividad estatal de fomento del marco legal regulatorio, ya que los órganos administrativos competentes tenían plena libertad para ejercerla en un ámbito de discrecionalidad casi absoluto. En otros términos, era una actividad cuya sujeción al principio de legalidad resultaba casi inexistente.

Sin embargo, el perfeccionamiento gradual del Estado de Derecho, mediante los correctivos necesarios por vía normativa, doctrinaria y jurisprudencial, ha originado un cambio significativo en la percepción que se tenía acerca de esta actividad, disparándose así los mecanismos institucionales conducentes al diseño e implementación de una disciplina jurídica sobre la actividad administrativa de fomento, con la finalidad de intentar reconducirla a la esfera del principio de legalidad. Demás está decir que resultó necesario vencer los obstáculos derivados de la conceptuación de liberalidad que durante mucho tiempo se dio a la misma. Pese a que la referida disciplina ha sido consagrada en los ordenamientos jurídicos, debe reconocerse que la misma continúa coloreada parcialmente por la referida tendencia, lo que se refleja de alguna manera, como lo veremos enseguida, en la aplicación de los principios de reserva de ley, de legalidad, así como en el requerimiento de potestades ampliamente discrecionales, sobre las cuales se pretende articular la acción de fomento de la Administración Pública. Por consiguiente, deben tenerse presente esas características al examinar esta clase de actividad administrativa.

13.6.2. **La sujeción al principio de legalidad**. Cabe recordar que el principio de legalidad administrativa reviste rango constitucional en la mayoría de los países del mundo, motivo por el cual actualmente resulta bastante difícil excluir del mismo a priori a una categoría de actividades de la Administración Pública, como es la de fomento. No obstante, debemos recordar que la amplitud de dicho principio está condicionada por la tesis que prive en cada ordenamiento, de tal manera que si predomina la relativa a la vinculación positiva, la Administración sólo podrá actuar válidamente si está habilitada por una ley previa; en cambio, si priva la concerniente a la vinculación negativa, la ley funciona como un límite externo, de tal manera que la Administración actuará válidamente, siempre y cuando no traspase ese límite, o no dicte actos que colidan con el mismo (ley). También hay que tener muy en cuenta que bien prime una u otra tesis, el contenido del principio está determinado por el denominado "bloque de la legalidad" propuesto por

Hauriou, que incluye normas dictadas válidamente de cualquier rango (constitucionales, legales o sublegales).

Por consiguiente, la aplicación del principio de legalidad admite especificidades, siendo quizás la más importante, aun en el marco del bloque de la legalidad, la relativa al denominado principio de reserva legal, pues en ese caso se sujeta la actuación de la Administración a su previa habilitación únicamente por una norma de rango legal. Pues bien, debido a que durante mucho tiempo la actividad de fomento de la Administración, aun después de haber sido conceptuada jurídicamente, como expusimos antes, careció de una disciplina jurídica, hoy en día la sujeción de la misma al principio de legalidad resulta innegable, pero con significativos matices, que a continuación pasamos a señalar:

En lo tocante al principio de reserva legal, sobre todo cuando la Administración acude a técnicas económicas, que inciden sobre los ingresos o los gastos públicos (subvención, exenciones tributarias, etc.), no cabe duda que rige el mencionado principio, en virtud de una disposición de legalidad presupuestaria presente en casi todas las Constituciones del mundo, concerniente a la necesidad de que todo gasto que realice la Administración debe estar contemplado en el presupuesto, y como es sabido este instrumento es sancionado mediante Ley; así como de otra disposición de legalidad tributaria, que condiciona la procedencia de las exenciones o exoneraciones de tributos, a su previa consagración en una ley formal o en un instrumento con rango de ley; de allí pues, que en esta perspectiva, debe concluirse que la actividad de fomento de la Administración Pública está regida por el principio de reserva legal, y obviamente por el de legalidad.

Cierto es que otros aspectos atinentes a esta clase de actividad administrativa pueden también estar regulados por instrumentos de rango legal, tales como los requisitos para el otorgamiento de la ayuda, el monto de la misma, el órgano competente o delegado, etc., pero igualmente sin que ello comporte una violación al indicado

principio de reserva de ley, pueden estar establecidos en instrumentos de rango sublegal. Lo importante de destacar es que en ambas hipótesis la actividad de la Administración aparece regida por el principio de legalidad.

Conviene señalar con relación al citado principio de legalidad presupuestaria (previsión de los fondos para los gastos que origine la acción de fomento), que la doctrina española está conteste en que si la Administración otorga una subvención, sin que aparezca contemplada en el presupuesto, la misma resulta inexigible por parte de la empresa o persona estimulada; sin embargo, la jurisprudencia ha sostenido en forma reiterada que en esa hipótesis (falta de cobertura presupuestaria), el particular está facultado para ejercer una acción de responsabilidad contractual o extracontractual con la finalidad de lograr que le sean resarcidos los daños que le ha ocasionado la Administración al otorgarle un beneficio sin consignación presupuestaria, porque como sostiene MARTÍN RETORTILLO (1988) "…ya que al fin y a la postre es siempre la ley sustantiva la que reconoce el derecho a las medidas de fomento, limitándose la Ley de Presupuesto a posibilitar la exigibilidad temporal del gasto".

Por lo que corresponde a un aspecto que a veces se olvida del principio de legalidad administrativa, como lo es el ejercicio de potestades discrecionales, es preciso reiterar que hasta hace poco tiempo la Administración disfrutaba de potestades discrecionales casi absolutas en la adopción de las medidas de fomento, debido al carácter benéfico o de liberalidad que se les atribuía, pero una vez que se inicia el proceso de juridificación de esta actividad, observamos una tendencia a reducir significativamente esa amplísima discrecionalidad, al punto que las normas que la regulan suelen establecer no sólo los requisitos de procedencia y la cuantía de la ayuda, sino también el procedimiento constitutivo, e inclusive el derecho a ejercer recursos contra los actos que acuerdan o niegan las medidas, según el caso.

De todas maneras este cambio no llega a la transformación radical de las potestades discrecionales casi totales que detentaba la Administración, a potestades casi absolutamente regladas, para adoptar las medidas de fomento, pues el Derecho positivo sigue siendo receptivo de la tendencia histórica relativa a la libertad de los órganos administrativos en esta materia, razón por la cual los supuestos normativos contienen todavía amplios espacios discrecionales.

También se manifiesta el principio de legalidad administrativa, como afirma ARIÑO ORTIZ (2001), en la regulación de la relación de sujeción especial que se configura entre la Administración que otorga la ayuda económica y el particular que la recibe, dado que éste asume cargas y obligaciones, especialmente la relativa a la realización de la actividad estimulada, en los términos convenidos, y aquélla adquiere poderes de control exclusivamente sobre el desarrollo de dicha actividad, y desde luego que esa situación tiene que ser disciplinada por normas de rango legal o sublegal, según el correspondiente ordenamiento.

Queda así demostrado que la actividad de fomento no escapa al principio fundamental de legalidad a que está sometida la Administración, y que debido a su particularidad, el referido principio admite las modulaciones antes enunciadas.

Por último, quedaría por discutir en cada ordenamiento, atendiendo a la particularidad de la actividad de fomento, la metodología para desagregar el principio de legalidad, y lógicamente traducir ese resultado al Derecho positivo, pues en ese orden de ideas conviene recordar que algunos autores se pronuncian por reservar a la Ley parámetros que consideran fundamentales, tales como las condiciones o requisitos de procedencia de las medidas de fomento, el tipo de medidas, las condiciones básicas para su obtención, y la cuantía de las mismas, pudiendo la Administración, por vía de Reglamento, establecer las condiciones, circunstancias, modos y términos para la aplicación de esas disposiciones legales.

Otros autores estiman que dada la naturaleza de la actividad de fomento de la Administración, debe reservarse a normas de rango legal únicamente el establecimiento de las medidas económicas que puede adoptar la Administración, dejando al reglamentista la libertad para establecer el resto de los parámetros que permiten su ejercicio, pues en su criterio, así lo impone el aspecto teleológico de las mismas, máxime si el mismo se inscribe dentro del marco de la planificación económica, cuya ejecución puede implicar variaciones imprevistas o previstas, a las cuales tendrían que ajustarse las medidas de fomento, para lo cual resulta mucho más sencillo reformar el correspondiente reglamento, sencillez que como es sabido no caracteriza precisamente a las modificaciones legislativas.

13.6.3. **La sujeción al principio de igualdad**. Este principio juega un papel relevante a los fines de intentar garantizar que las actividades de fomento de la Administración, no comporten discriminación de los particulares interesados en ser favorecidos con las medidas de fomento, e inclusive a los no interesados en el correspondiente procedimiento. Y es que precisamente la igualdad viene a convertirse en un talón de Aquiles de esta categoría de actividades administrativas, por un motivo elemental: siempre serán muchos los que pretendan beneficiarse de las ayudas de la Administración, e igualmente siempre serán reducidos los recursos a disposición del Estado con ese fin. Es así que la Administración debe dentro del natural margen de discrecionalidad que le otorga el ordenamiento, actuar absolutamente apegada a los cánones legales para evitar incurrir en la violación de este principio, cuya importancia en la apreciación de este tipo de actos de la Administración ha sido destacada por la jurisprudencia.

En efecto, son muchas las sentencias en que los órganos jurisdiccionales han utilizado el principio de igualdad constitucional para determinar si una medida de fomento otorgada o negada por la Administración resulta legal o ilegal. Así por ejemplo, el Tribunal Supremo de España ha sostenido que la Administración no puede

establecer ayudas públicas o becas para estudiantes, excluyendo de entrada a los estudiantes de institutos privados no subvencionados con fondos públicos, en virtud de que ello lesiona el principio de igualdad constitucional. En esa misma línea se orienta la sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de febrero de 1985, al pronunciarse sobre las Leyes de Presupuestos del Estado de 1983 y 1984, y señalar que resultaba contrario al principio de igualdad el sistema de subvenciones estatales contemplados en esos textos legislativos, debido a que estaban reservadas exclusivamente a las centrales sindicales más representativas, excluyendo a las demás.

Por consiguiente, queda claro que la Administración cuando adopta medidas de fomento, además de ajustarse al principio de legalidad, está obligada a compatibilizarla con el principio de igualdad, lo que no deja de resultar una tarea difícil, porque casi siempre la actuación administrativa supondrá la selección de unos y la exclusión de otros. Sin embargo, precisamente la aludida compatibilización consiste en que esa selección y exclusión no den lugar a predicar fundadamente discriminaciones. En todo caso, la doctrina y el Derecho positivo se han encargado de establecer ciertos elementos que contribuyen a lograr esa compatibilización. En ese sentido SANTAMARÍA (1999) sostiene que las ayudas económicas deben otorgarse conforme a un régimen presidido por los principios de transparencia, publicidad y libre concurrencia, al que deben someterse todos los interesados, y al mismo tiempo que el otorgamiento debe llevarse a cabo mediante procedimientos licitatorios competitivos, basados en que los seleccionados deben ser aquellos que al realizar la actividad promocionada, rindan beneficios o mayores beneficios al interés general.

Por otra parte, ARIÑO ORTIZ (2001), en la misma línea de proponer elementos que tiendan a garantizar el respeto del principio de igualdad en la adopción de las medidas de fomento, invoca el principio de la libre competencia, y en tal sentido afirma que desde el punto de vista económico las referidas medidas no pueden violar las reglas de la

libre competencia, discriminando a los competidores no favorecidos por las ayudas. Pareciera que esta acotación del mencionado autor estuviera referida más bien a la actuación general de la Administración cuando dicta medidas de fomento, en el sentido de que está impedida de colocar en situación de ventaja a los que disfrutan de ayudas, sobre los que no tienen acceso a las mismas porque no las requieren. Sin embargo, en esta hipótesis más que infringirse el principio de igualdad constitucional, en realidad se infringe el principio de la libre competencia, que también está constitucionalizado, razón por la cual puede solicitarse jurisdiccionalmente su amparo.

13.6.4. **La sujeción al principio de la libre competencia.** Actualmente la mayoría de las Constituciones privilegian la libertad de empresa, cuyo ejercicio implica la libre competencia, que se ha convertido en los países europeos en el elemento básico del proceso de liberalización de sus economías, al punto que en todos ellos además del control ejercido por los órganos de justicia de la Unión Europea, han sido creadas Administraciones independientes o Tribunales encargados de defender la competencia; de allí entonces que la actividad de fomento de la Administración no sólo debe cabalgar por senderos muy estrechos para no infringir el principio de igualdad, sino que dichos senderos se tornan más angostos cuando de lo que se trata es de preservar el principio de la libre competencia, dado que está sujeta a un doble control jurisdiccional: el interno y el de la Unión Europea. Inclusive el artículo 92 del Tratado de la Comunidad Europea, todavía vigente, prohíbe las ayudas otorgadas por los Estados miembros bajo cualquier forma, que falseen o amenacen de falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

13.7. **El control de las medidas de fomento adoptadas por la Administración**. Es cierto que corresponde, en primer lugar, al órgano administrativo que otorga la ayuda económica, ejercer las potestades de control que nacen de la relación de sujeción especial que se configura entre dicho órgano y el particular beneficiado, las cuales se reducen

fundamentalmente a la comprobación de la realización de la actividad subsidiada en los términos convenidos. Pues bien, esas potestades serán examinadas en la oportunidad en que nos toque estudiar la medida típica económica: la subvención, pero en este acápite pretendemos referirnos sucintamente al control fiscal externo que ejercen órganos especializados, como son los Tribunales de Cuentas en Europa y las Contralorías Generales en América Latina.

La base de las potestades de control de los referidos órganos radica en que todas las medidas de fomento se traducen en técnicas económicas que implican un gasto público, o bien afectan a los ingresos públicos, razón por la cual dichos órganos de control externo están facultados por disposiciones constitucionales o legales para inspeccionar, vigilar y controlar a la Administración Económica, cuando adopta medidas de fomento, pero es necesario destacar que al mismo tiempo esa potestad suele extenderse también a los particulares perceptores o beneficiarios de dichas medidas, a los fines de determinar no sólo si están utilizando las ayudas que les han sido concedidas para realizar la correspondiente actividad, sino también si lo hacen o lo han hecho en forma eficaz y eficiente (especie de control de gestión).

En sede doctrinaria se han suscitado discusiones acerca de la fundamentación conceptual que sirve de base a los órganos de control fiscal para vigilar e inspeccionar la actividad de los particulares, e inclusive en determinadas hipótesis declarar su responsabilidad, cuando ejecutan las ayudas que les proporciona la Administración. Así, por ejemplo un sector de la doctrina española sostiene que los beneficiarios de las ayudas económicas, en su condición de tales, forman parte del sector público y, por consiguiente, pueden ser sometidos a ese control. MARTÍN RETORTILLO (1988) rechaza esa posición, por considerar que el ordenamiento jurídico define claramente a los integrantes del sector público, dentro de los cuales no figuran los particulares que reciben medidas de fomento, y además porque una vez que éstos reciben esos auxilios, los mismos pasan a formar parte

de sus correspondientes patrimonios y, por ende, pierden su carácter de fondos públicos.

Otro sector de la doctrina justifica el control sobre los particulares y sus actividades, argumentando que como consecuencia de la recepción de esos fondos públicos, se produce una “publicatio” de la actividad privada realizada con los mismos, razón por la cual queda sometida a la fiscalización del órgano –en ese caso el Tribunal de Cuentas– en todo lo que se refiere al empleo efectivo de dichos fondos en el cumplimiento de los fines concretos para cuya consecución se otorgaron. Como expresamos antes, este control externo comprende tanto al de legalidad como al de gestión (eficiencia, eficacia y economía en la utilización de los recursos públicos transferidos), y desde luego debe ajustarse al procedimiento delineado en la Ley que regule al órgano de control fiscal.

De otro lado, si las medidas de fomento se expresan en actos formal y sustancialmente administrativos, en los países de régimen administrativo su control de legalidad debe estar encomendado a los órganos de la denominada jurisdicción contencioso administrativa. Hoy en día esto constituye un principio casi elemental, cuya consagración fue el resultado de la evolución de las instituciones y de la jurisprudencia, pues como es dable imaginarse durante mucho tiempo se pensó –por cierto erróneamente– que las amplias potestades discrecionales que detentaba la Administración en la adopción de este tipo de actos, conducía a su exclusión de la revisión jurisdiccional. En esa evolución hubo una época en que se impuso la tesis de la revisión judicial, pero como prevalecía el criterio de que la mayoría de estas medidas, sobre todo la subvención, que como hemos dicho es la más importante, detentaban la naturaleza jurídica de la donación o liberalidad, entonces cualquier demanda debía ser interpuesta ante la jurisdicción civil, tesis ésta que obviamente ha sido totalmente superada.

Hace ya bastante tiempo que está fuera de toda discusión la naturaleza administrativa de estas medidas, incluyendo a la subvención,

las cuales han venido siendo rodeadas de un conjunto de garantías, mediante disposiciones normativas, tendientes a preservar fundamentalmente el principio de igualdad, y a reducir los amplios márgenes de discrecionalidad de la Administración en su otorgamiento, acudiendo para ello al establecimiento de procedimientos reglamentados de tipo competitivo. La consagración de esta clase de procedimientos ha permitido que aumente significativamente el número de legitimados para impugnar las medidas de fomento, inclusive la jurisprudencia española ha articulado esa legitimación activa a los denominados "intereses competitivos", los cuales detenta cualquier particular por el sólo hecho de haber participado en el procedimiento de otorgamiento. En otros términos, basta que participe en el referido procedimiento para que adquiera la condición de interesado; y consecuencia, quede facultado para interponer recursos contra el acto que otorgó el beneficio a otro, o contra el acto denegatorio del mismo.

Sin dudas que la jurisprudencia, acudiendo al mencionado criterio, ha ampliado el control jurisdiccional de los actos de fomento emanados de la Administración, lo que resulta sumamente positivo porque pese a la creación de mecanismos para reducir la discrecionalidad de la Administración, así como el riesgo a la violación del principio de igualdad, debe reconocerse que este tipo de actuaciones administrativas siguen afectadas por graves vicios que se vinculan a la corrupción y al fraude y, por tanto, la ampliación del control sobre las mismas por los interesados a través de los recursos judiciales juega un papel relevante en la atenuación de esos vicios, y en definitiva en la búsqueda de la realización de la justicia, porque al fin y al cabo los fondos que se transfieren a los particulares son fondos públicos.

De modo, pues, que los órganos de control externo fiscalizan, inspeccionan y vigilan a la Administración que otorga los beneficios, así como a los particulares que los reciben, pudiendo en ejercicio de las facultades que les confieren los respectivos ordenamientos, si fuere el caso, abrir los procedimientos pertinentes con el objetivo de declarar la

responsabilidad civil o administrativa, de los titulares de la Administración o de los propios particulares. Insistimos en que corresponderá analizar cada ordenamiento jurídico para determinar hasta dónde llegan las potestades de los órganos de control fiscal, cuando ejercen sus funciones sobre la actividad de fomento.

13.8. **La subvención.**

13.8.1. **Definición**. Recordamos que dentro de todas las medidas de fomento, las ubicadas en la categoría de las técnicas económicas son las más importantes, y que la más emblemática de todas ellas es **la subvención**, al punto que una parte de la doctrina y algunas legislaciones la elevan a la categoría de género de las técnicas económicas. En ese orden de ideas, cabe hacer notar que la mayoría de la doctrina española conceptúa a la subvención como una técnica de fomento, que consiste en la entrega por parte de la Administración Pública de un aporte patrimonial, generalmente de carácter dinerario, a fondo perdido, a un particular, para que éste realice una actividad que necesariamente debe coincidir con un interés público tutelado por la Administración. Es necesario advertir que no siempre es esa la concepción de subvención recogida por el Derecho positivo, pues suele ocurrir que las disposiciones legales la superen en extensión y alcance, como sucede por ejemplo con la Ley General Presupuestaria Española, modificada por la Ley de Presupuestos de 1991, cuyo artículo 81, la define "como toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado o sus Organismos autónomos a favor de personas o Entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o promover la consecución de un fin público".

Siguiendo esa misma orientación normativa el Real Decreto 2225/ 1993, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el procedimiento para la concesión de subvenciones públicas, prescribe que subvención es "toda disposición gratuita de fondos públicos realizada a favor de entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad

pública o interés social o para promover la consecución de un fin público, así como cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo al Presupuesto del Estado o de las Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado". Una simple lectura de las definiciones doctrinarias y normativas españolas antes transcritas, evidencia que existe una clara diferencia entre ellas, en lo tocante a su alcance y extensión, puesto que la primera tiene una acepción restringida, y la segunda una acepción muy amplia, las cuales pasamos a examinar.

13.8.2. **Análisis de la definición**. Las variables básicas que permiten articular la definición de subvención antes transcrita son:

a) **La atribución patrimonial**. Es necesario que se produzca una atribución patrimonial al particular, la cual casi siempre es en dinero, al punto que algunos autores niegan que pueda consistir en bienes públicos que no estén constituidos por una masa dineraria; no obstante, se trata de una posición reduccionista, porque nada obsta, desde el punto de vista jurídico, para que la atribución sea de bienes "in natura" o en especie que, desde luego, sean equivalentes a una suma de dinero. En ese orden de ideas, no podría negarse el carácter de subvención, por ejemplo, a los materiales de construcción (bloques, cemento, cabilla, etc.), que la Administración proporcione a una empresa o persona que realiza un programa de viviendas populares, o la dotación de semillas, abono, etc. a unos agricultores que participen en un programa destinado a fomentar la agricultura.

En fin, reconocemos que la atribución patrimonial tiende a ser en la mayoría de los casos en dinero, pero asumir esa posición en forma excluyente, negando cualquier modalidad de bien público, puede resultar contraproducente para la aplicación de las políticas de fomento por parte de la Administración, en virtud de que en determinadas circunstancias, atendiendo al correspondiente plan o política, puede requerirse que esa atribución sea "in natura" o en especie. Por otra parte, dejamos

constancia que esta variable acota el contenido de la definición bajo examen, en virtud de que al tratarse de una atribución patrimonial (hecho positivo), no podrían calificarse como subvención por ejemplo las exenciones tributarias (hecho negativo). No obstante, los legisladores suelen separarse de este criterio, cuando definen como subvención **toda ayuda** que se otorgue con cargo al Presupuesto del Estado o de las Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado. De allí entonces que resulte concluyente la tendencia legislativa a consagrar a un concepto muy amplio de subvención. Inclusive en el caso europeo esa tendencia está presente en el Tratado de la CE, todavía vigente, bajo la denominación genérica de "ayudas públicas", que incluye literalmente a la subvención en sentido estricto o restringido, conjuntamente con todas las modalidades de medidas económicas de fomento antes mencionadas.

b) **La atribución patrimonial tiene que ser a fondo perdido**. En el marco de la definición doctrinal bajo análisis, resulta esencial que la atribución patrimonial sea totalmente gratuita; y por ende, no sujeta a devolución, sin que ello implique, como veremos más adelante, encuadrarla dentro del concepto de liberalidad o de donación. Ahora bien, esta variable es básica para sustentar la concepción restringida de subvención, pues el referido carácter gratuito conduce a excluir de la misma ayudas, como los anticipos, los avales, los préstamos, que comportan la obligación de un pago de capital o intereses, o de ambos, por parte del particular o empresa perceptores.

c) **La atribución patrimonial tiene que ser a un particular**. Esta variable sobre la cual se articula la definición doctrinaria bajo examen, niega que se configure una verdadera subvención, cuando la atribución patrimonial que hace la Administración es a entidades públicas, verbigracia las denominadas en el ordenamiento español subvención-dotación de servicios públicos, destinadas a mantener el equilibrio financiero de la concesión, mediante la cobertura del déficit originado en la fijación y cobro de las tarifas, y la subvención-consignación para

entidades públicas. En fin, si se admite la validez de esta variable debe rechazarse cualquier intento de denominar subvención la atribución patrimonial, en dinero o en especie, por parte de la Administración Pública a cualquier ente público de carácter territorial o funcional. No obstante, los legisladores desmienten este criterio doctrinal al establecer, como hemos visto, que la subvención puede tener como perceptor a cualquier ente público.

d) **La existencia de una relación de causalidad entre la atribución patrimonial de la Administración y la actividad que debe desarrollar el particular**. Otra variable en la articulación de la definición bajo examen es la relativa a la necesidad de que pueda establecerse una relación causa efecto entre la ayuda de la Administración y la realización de la actividad promocionada, que siempre tiene que estar vinculada a un interés público, que debe realizar el particular, o también el ente público en el caso de que el ordenamiento admita que puede revestir el carácter de perceptor de subvenciones. Se trata de una verdadera afectación de fondos públicos al elemento finalista de toda medida de fomento que, como sabemos, es incentivar determinada actividad, en tanto que su realización es considerada relevante para la tutela de determinados intereses públicos.

De tal manera que si esa relación no aparece configurada y la Administración transfiere a título gratuito fondos públicos, entonces debería pensarse que se trata de un acto de donación, más que de la técnica económica de subvención. Por cierto que la determinación de esta relación de causalidad constituye un elemento clave en el control que debe ejercerse sobre la Administración que concede subvenciones, porque es evidente que la inexistencia de la misma revelaría un verdadero fraude, por supuesto, siempre y cuando se admita que el elemento bajo examen, resulta esencial al concepto de subvención.

El examen de las cuatro variables esenciales sobre las cuales se construye el concepto de subvención pone de manifiesto los dos

sentidos del mismo: estricto y amplio, correspondiendo el primero a una postura de la mayoría de la doctrina española, y el segundo una postura que obedece más a razones de política legislativa y, sobre todo, de política económica. Desde luego que será el análisis particular de cada ordenamiento el que permitirá dilucidar el verdadero sentido y alcance de esta técnica de fomento.

13.8.3. **Modalidades o clases de subvención**. Aun en el marco del concepto estricto de subvención, la doctrina ha podido aislar algunas modalidades de la misma. En tal sentido, VILLAR EZCURRA (1999), destaca las siguientes:

a) **Primas**. Estas son una especie de subvención que lógicamente implican una aportación dineraria a un particular, cuando éste no sólo realiza una actividad vinculada a un interés público, sino que lo hace en determinadas circunstancias, o alcanzando ciertos resultados cuantitativos o cualitativos que son fijados previamente por la Administración. Generalmente se otorgan en el sector industrial, pero puede ser en cualquier otro, cuando las industrias alcanzan niveles óptimos de producción. De tal manera que la actuación de la Administración tiene un carácter significativamente reglado, en virtud de que la norma delinea los presupuestos (nivel de producción, tipo de industria, monto de la prima, etc.), que condicionan el otorgamiento de la prima. Por lo tanto, el mismo será procedente si se cumplen los extremos legales, y desde luego con carácter exposfacto, dado que sólo después que la actividad es realizada, es cuando resulta posible evaluar el indicador más importante (nivel de producción, por ejemplo).

b) **Premios**. Esta modalidad de subvención es prácticamente igual a la conocida bajo la denominación de primas, con la diferencia de que en su otorgamiento la Administración ejerce una potestad ampliamente discrecional. Por supuesto, que como toda actuación de fomento su finalidad es estimular una actividad vinculada con un interés público. Son ejemplos de esta especie de subvención, los premios que se suelen

otorgar en artes, literatura, cultura, cinematografía, investigación científica, etc., los cuales además de implicar un reconocimiento honorífico, a la vez comportan la aportación de sumas dinerarias importantes a los premiados, inclusive en algunos casos generan pensiones vitalicias para los ganadores. Igual que las primas tienen un carácter exposfacto, pero a diferencia de éstas cabalgan entre las técnicas honoríficas y las técnicas económicas de fomento.

c) **Becas**. Esta es una modalidad de subvención que consiste en aportar una suma dinero a un particular con la finalidad de estimular el estudio o la investigación. Lo deseable es que en su otorgamiento prive el ejercicio de potestades regladas, pero nada obsta para que el ordenamiento determine que predomine el ejercicio de potestades discrecionales. Villar Ezcurra afirma que no deben confundirse las subvenciones otorgadas bajo la modalidad de becas, cuya finalidad es estimular la investigación y el estudio en determinadas materias (becas doctorales y postdoctorales, por ejemplo), con las becas que normalmente se otorgan para incentivar a la enseñanza o la educación en su perfil de servicio público, ya que en ese caso están destinadas a garantizar el principio de igualdad en dicho servicio, proporcionándole a las personas que carecen de recursos para estudiar, la posibilidad de acceder a las aulas de clase.

d) **Subsidios**. Esta es una modalidad de subvención que suele considerarse por parte de algunos autores, e inclusive en algunos textos legislativos, equivalente a la subvención misma, de tal manera que ello autoriza a utilizar indistintamente ambos términos (subsidio y subvención). De todas maneras el subsidio es visto desde la óptica de un cierto sector de la doctrina como una modalidad específica de subvención, razón por la cual ha sido definido como el aporte dinerario que hace la Administración a una entidad financiera, para que ésta lo utilice en amortizar las cuotas que en concepto de cancelación de un préstamo debe pagar el particular cuya actividad origina el subsidio. Sería el caso de un crédito agropecuario obtenido

por un particular de una institución financiera privada, que supone su pago en cuotas de determinado monto, las cuales al otorgarse el subsidio en los términos antes indicados, permite disminuir el número de cuotas, o reducir el monto de cada una de ellas. Queda claro entonces que la atribución dineraria no se hace directamente al particular, sino a una institución financiera, pero dicha aportación tiene los mismos efectos en el marco de la actividad de fomento, que si la Administración la hubiese hecho al particular. Y también debe quedar claro que en algunos ordenamientos no se concibe el subsidio como una modalidad de la subvención, en los términos aquí expuestos, sino que también se utiliza el término como sinónimo de subvención.

13.8.4. **El Régimen jurídico de la subvención**.

13.8.4.1. **Los principios generales**. Como toda actividad de fomento, la subvención, que por lo demás es la técnica más importante de esta clase de actividad administrativa, está sujeta a los principios jurídicos que examinamos precedentemente, esto es, al de legalidad administrativa, ya que se requiere que la Administración esté habilitada por una norma de rango suficiente para poder otorgarla; al de igualdad, porque pese a las dificultades que supone su preservación en este tipo de actos, resulta necesario que normativamente se establezcan las garantías para que tendencialmente se respete dicho principio; al de legalidad presupuestaria, porque se requiere que el gasto que debe erogarse con motivo de la concesión de la subvención tiene que estar contemplado en el Presupuesto (consignación presupuestaria), razón por la cual opera una interdicción legal tanto para otorgar subvenciones sin consignación presupuestaria, como de mayor cuantía a aquellas a la contemplada en la respectiva partida presupuestaria; y al de la libre competencia, cuyo respeto impone la conformación normativa de la subvención, de tal manera que su otorgamiento no rompa el límite del principio de la libre competencia, en el sentido de evitar su falseamiento, e igualmente la configuración de la amenaza de falseamiento.

Finalmente, aunque no se trata de un principio de rango constitucional como los anteriores, es necesario señalar la tendencia presente en muchos ordenamientos a consagrar, desde luego por instrumentos de rango legal, el principio atinente al carácter **no lucrativo** de la subvención, cuya aplicación impide que su monto total pueda ser superior al costo de la actividad promocionada. De esa manera se evita que el particular pueda desnaturalizar la finalidad de esta técnica de fomento, obteniendo un beneficio económico que no está destinado a lograr el fin público que orienta a la Administración al otorgar la ayuda. Por supuesto, que la violación del principio bajo examen constituye una causal de modificación, y según las circunstancias, hasta de revocación de la subvención.

13.8.4.2. **Naturaleza jurídica de la subvención**. Sobre la naturaleza de la subvención se ha discutido mucho en doctrina, inclusive la polémica se mantiene todavía, aunque fue superada categóricamente la tesis que propugnaba que constituía una liberalidad o donación, sustentada, como se expresó antes, no solamente en su carácter gratuito o a fondo perdido, sino en la gran libertad y discrecionalidad que detentaba la Administración para su otorgamiento. En la superación de la referida tesis quedó claramente demostrado que cuando la Administración otorgaba una subvención, su actuación no obedecía a un "animus donandi", sino a la tutela de un interés público o general. En esa línea conceptual, el Tribunal Supremo Español en sentencia del 9 de abril de 1988 asentó que "…Es de sentido común, por pertenecer a la naturaleza de las cosas, la incompatibilidad existente entre la misión encomendada a la Administración gestora de los intereses generales de la sociedad, y la realización de actos de liberalidad, con el consiguiente traspaso de los fondos públicos a patrimonio de los particulares".

Pues bien, abandonada la postura que propugnaba el carácter de donación de la subvención, actualmente existe consenso doctrinario acerca de que es una figura propia del Derecho Público, con la diferencia que una parte de la doctrina estima que se trata de una

relación contractual, desde luego bilateral, que se configura entre la Administración Pública y el particular; y otra parte sostiene que se trata de un acto unilateral derivado de un acto administrativo anterior, que hace nacer en el particular un derecho de crédito frente a la Administración, pero al mismo tiempo lo coloca en una situación compleja de cargas y obligaciones.

De la simple lectura de las tesis resumidas se infiere, sin ningún tipo de dudas, que la subvención constituye una relación jurídico administrativa, obviamente de Derecho Público, e igualmente que la diferencia radica en el carácter unilateral o bilateral-contractual de la misma, para cuya dilucidación, visto que efectivamente pueden existir subvenciones en los cuales el elemento contractual esté reducido a su mínima expresión, e inclusive pueda resultar inexistente, como en el caso de los ejemplos citados por GARRIDO FALLA (1989) relativos a subvenciones otorgadas discrecionalmente a entidades privadas de carácter benéfico, centros docentes, agrupaciones culturales o artísticas. Pero también ocurre que cuando la actividad de fomento de la Administración se inscribe en un plan económico, la tendencia apunta ciertamente hacia el establecimiento de las cargas y obligaciones del subvencionado mediante un convenio o contrato, así como las potestades de la Administración, configurándose así la denominada "acción concertada"; y por consiguiente, los rasgos de este tipo de subvenciones estarán fuertemente influenciados por el elemento contractual.

De allí que frente a estas situaciones, como asienta acertadamente Santamaría, en las que se presenta una especie de bloqueo derivado del enfrentamiento de tesis doctrinaria, lo más razonable es acudir al Derecho positivo, el cual podrá optar por una de las dos, o sencillamente ser receptor de ambas, estableciendo los prepuestos que condicionen de validez de cada una de ellas, o de una de ellas.

13.8.4.3. **Las partes en la relación subvencional**. Al configurar indudablemente la subvención una relación jurídico administrativa,

por supuesto que la Administración es una de las partes de la misma, correspondiendo entonces determinar al instrumento normativo pertinente los órganos competentes para su otorgamiento, que generalmente son los superiores de los departamentos ministeriales, pudiendo igualmente disponer que éstos puedan delegar esa atribución. En caso de que el Estado forme parte de una Comunidad o de una Unión Económica, o inclusive de otra modalidad de integración, habrá de cumplir con las disposiciones del Derecho Comunitario al respecto. Así, por ejemplo en la Unión Europea el artículo 93 del Tratado CE, estatuye que antes de que un Estado conceda una subvención debe remitir una comunicación a la Comisión de la Unión, para que ésta conjuntamente con la representación de dicho Estado, determine la compatibilidad de la subvención con el principio de libre competencia que rige en la Unión Europea. En fin, dilucidar la actuación de la Administración en el otorgamiento de subvenciones obliga a examinar las disposiciones pertinentes de cada Derecho positivo. Si no existe una legislación especial sobre la materia, entonces entrarán a regir los principios generales contemplados en la Ley que regula a la Administración Pública, así como los que puedan derivarse de la doctrina y de la jurisprudencia.

El beneficiario o perceptor es la otra parte de la relación subvencional, y detentará ese carácter aquel a quien se le transfieran fondos públicos, a los fines de que realice la actividad para la cual quedan afectados los mismos. En términos generales se puede afirmar, sobre la base del principio de igualdad, que todos los particulares que se encuentren en la situación prevista en la Ley tienen derecho a acceder a las subvenciones, siempre y cuando cumplan con los requisitos que se exijan en las Bases que se dicten a tal fin. De modo pues, que la libertad para ser perceptor de subvenciones constituye la regla, tocándole a los órganos de la Administración establecer para caso, por supuesto atendiendo a la finalidad perseguida con la actividad de fomento, los requisitos que se exigirán a los potenciales beneficiarios. No obstante, lo que sí resulta frecuente es que suele exigírseles de

manera general que estén solventes con las obligaciones tributarias y con la seguridad social.

13.8.4.4. **El procedimiento**. Uno de los pasos fundamentales para la superación de la discrecionalidad y la subjetividad que durante mucho tiempo predominaron en el otorgamiento de las subvenciones, y hoy prevalecen en menor medida, está constituido por el trazado normativo de un procedimiento constitutivo, consagrado para rodear esta actividad administrativa de las garantías de concurrencia, publicidad, objetividad y eficiencia, como lo exigen la mayoría de los ordenamientos. Lo ideal, debido a la particularidad de este tipo de actividad administrativa, es que se diseñe un procedimiento especial para el otorgamiento de las subvenciones, pero en caso de que éste no exista deberá aplicarse, en cuanto sea compatible, el procedimiento general mediante la cual la Administración Pública adopta sus actos.

La determinación de la existencia, así como de la configuración de un procedimiento especial, pasa por el examen de cada ordenamiento jurídico, no obstante, existen fases generales que están presentes en casi todos dichos procedimientos especiales, las cuales mencionamos a título ilustrativo, de manera muy sucinta:

a) La iniciativa: se tiende a establecer que el procedimiento puede iniciarse a solicitud del interesado y de oficio, pero en realidad la diferencia entre estas dos vías algunas veces no parece muy clara, sobre todo cuando la selección del beneficiario depende de un concurso o licitación, ya que en ese caso la iniciación debe comenzar por la convocatoria formulada por la Administración, pudiendo ocurrir inclusive que aun cuando el particular haga la solicitud, ella dé lugar a la formulación de la convocatoria correspondiente. Demás está decir que la convocatoria juega un papel relevante a los fines de garantizar la transparencia de la actividad de fomento, en virtud de que en ella deben señalarse en forma particularizada todos los requisitos y condiciones exigidos para participar en el concurso o licitación, así como

los parámetros de evaluación de los mismos. Entre otros, cabe mencionar el objeto, las condiciones y la finalidad de la concesión de la subvención, el plazo de presentación de las peticiones, el plazo para terminar el procedimiento, los documentos que deben acompañar a la petición, los criterios de valoración de las peticiones, etc.

b) La sustanciación. Una vez terminada la fase de recepción de las solicitudes, el órgano competente debe realizar de oficio las actividades de instrucción, entre las cuales destacan la solicitud de informes a los propios interesados o a otros órganos de la Administración Pública, la evaluación de las solicitudes conforme a los criterios contenidos en la convocatoria, la audiencia de los interesados y la elaboración de la propuesta de decisión.

c) La decisión. Esta debe ser dictada por el órgano competente, debidamente motivada, dentro del plazo establecido legalmente. Sería deseable que se contemple el valor del silencio, estimatorio de la solicitud (positivo) o desestimatorio (negativo). Es necesario destacar que en ciertos ordenamientos suele otorgársele valor negativo, salvo en aquellos casos de renovación de subvenciones de carácter social, al que se le confiere valor positivo.

13.8.4.5. **Los derechos y obligaciones del perceptor o beneficiario.** Ya se conceptúe como acto unilateral o como relación contractual de Derecho Público, la subvención genera un derecho de crédito para el particular beneficiado, o mejor dicho un derecho a recibir su monto, de tal manera que una vez que la Administración decide conceder la subvención, inmediatamente adquiere la obligación de hacerla efectiva. Enfatiza MARTÍN RETORTILLO (1988), que se trata de un auténtico derecho, razón por la cual no cabe hablar de su supuesto carácter precario, ni tampoco puede libremente la Administración proceder a su revocación.

A los fines de precisar el alcance de este derecho del perceptor, conviene hacer notar que las subvenciones se otorgan por cierto lapso,

y durante el mismo debe la Administración cumplir su obligación. En lo tocante a este punto han surgido discusiones acerca de si la Administración debe continuar cumpliendo con esa obligación una vez fenecido el mencionado término, sobre todo en aquellos casos cuando la subvención está destinada a la producción de determinados alimentos, o a la construcción de ciertos tipos de viviendas para las clases populares. En tal sentido, una posición doctrinaria minoritaria ha pretendido sostener que la Administración debe continuar cumpliendo con la obligación, sobre la base de la tendencia a la consolidación en el tiempo de esas situaciones de ventajas para los administrados.

Sin embargo, la posición dominante, por lo demás ajustada a principios elementales de derecho, es que para el órgano administrativo una vez expirado el término, cesa la obligación en el pago del importe de la subvención, independientemente la finalidad perseguida con la misma. Desde luego, que nada impide que se inicie el procedimiento de renovación, lo cual en caso de ser positivo, originará el inicio del decurso de un nuevo plazo. En fin, no existe obligación alguna para el órgano concedente de la subvención de mantenerla después del vencimiento del término establecido, ni tampoco tiene derecho alguno el perceptor para reclamarla.

Destaca entre las obligaciones y cargas del perceptor, como es obvio, la básica: realización de la actividad o adopción del comportamiento que sirvió de fundamento para concederle la subvención. Pero además los ordenamientos suelen complementarlas con otras, como las que a continuación se enumeran: el sometimiento a la potestad de control que debe ejercer la Administración con la finalidad de constatar que efectivamente realiza la actividad en las condiciones establecidas, así como las que correspondan al órgano de control externo (Tribunal de Cuentas o Contraloría); acreditar ante la Administración la realización de la actividad en las condiciones establecidas, y comunicar oportunamente a la Administración la obtención de otras subvenciones para la misma finalidad, concedidas por cualesquiera

otras Administraciones. Esta obligación de notificación de otras ayudas es muy importante a los fines del respeto del principio que postula el carácter no lucrativo de la subvención.

13.8.4.6. **Los derechos y potestades de la Administración concedente**. Como expresamos antes, a la par de la obligación que nace para la Administración con el otorgamiento de la subvención, de transferir el correspondiente aporte patrimonial, surgen por obra de la Ley o del correspondiente convenio (acción concertada) para la Administración, un conjunto de potestades que SANTAMARÍA (1999) resume así: derecho de exigir al beneficiario la completa realización de la actividad que motivó el otorgamiento de la concesión, el cual se complementa con la potestad de control que puede ejercer sobre el desarrollo de esa actividad, en el sentido de constatar si efectivamente los recursos públicos se destinan a la misma, así como el logro de las metas fijadas.

Hay que tener mucho cuidado con esa potestad de control de la Administración, la cual tiene que recaer estrictamente sobre la ejecución de la actividad que origina la subvención, y concretamente debería estar destinada a determinar si el aporte dinerario está siendo utilizado para llevar a cabo esa actividad en las condiciones establecidas. Cualquier otra pretensión contralora que exceda ese ámbito material sería excesiva e ilegal. Así por ejemplo, sería el caso de una agrupación religiosa a la que se le otorgue una subvención para el desarrollo de sus planes educativos, y la Administración pretendiera prohibirle que impartiera clases de religión.

Por otra parte, la Administración detenta la potestad de modificación de la subvención, única y exclusivamente cuando se alteren manifiestamente las condiciones tenidas en cuenta para su concesión, y cuando el beneficiario obtenga de otras Administraciones, e inclusive de sujetos privados, otras ayudas económicas que concurran en la realización de la misma actividad que sirvió de base para el otorgamiento de la

concesión. El ejercicio de esta potestad de modificación tiene como finalidad evitar que la subvención sirva para que el beneficiario se lucre, tal como lo expusimos antes. Hay que reconocer que la referida potestad puede cobrar mayor fuerza cuando se comprueba que el particular incumple la obligación de justificación, o la de dedicación del monto integral de la subvención para lograr la finalidad para la cual fue concedida, o cuando se determine que obtuvo la subvención sin cumplir con las condiciones establecidas. En efecto, cuando se configuren las referidas hipótesis de incumplimiento, entonces la Administración debe revocar la subvención, y solicitar el correspondiente reintegro.

Desde luego que el respeto al principio del debido proceso impone que inicie un procedimiento con audiencia del interesado, pero una vez constatado uno o varios de los casos de incumplimiento procede la revocación de la subvención, y el beneficiario queda obligado a reintegrar el monto total de la subvención, con los correspondientes intereses que se cuentan a partir del momento en que recibió el aporte patrimonial. Cabe señalar que algunos autores como PARADA (1997) niegan que pueda hablarse de una verdadera revocatoria del acto de subvención, puesto que el mismo genera un derecho para el perceptor que a la luz del ordenamiento español no es susceptible de revocación; pero en cambio admite la figura de la obligación del reintegro, producto de la denominada "acción concertada", que opera cuando se dan los casos de incumplimiento antes señalados, e igualmente admite que el particular también está obligado en ese caso a cancelar los intereses legales. Por supuesto, que será el examen de cada ordenamiento el que permitirá constatar la existencia de la figura de la revocación de la subvención y su eventual relación con la obligación del reintegro, y seguramente en dicho examen jugará un papel importante la tesis que predomine acerca de la naturaleza jurídica de la subvención.

13.8.4.7. **La imposición de sanciones**. Hemos dicho que existe consenso doctrinario acerca del carácter de relación jurídico administrativa que se configura con la subvención, lo que resulta

independiente de las posiciones que se asuman acerca de su naturaleza jurídica (acto unilateral o relación contractual), razón por la cual los ordenamientos además de consagrar la figura de la revocación-reintegro, o sólo del reintegro según el caso, a la vez pueden erigir las mismas causales de incumplimiento que condicionan la procedencia de la indicada figura, en causales de sanciones administrativas. O sea, que por una parte se produce el reintegro, con la cancelación de los correspondientes intereses, pero simultáneamente se le otorga a la Administración la potestad para imponer sanciones al particular, que en España comprenden multas hasta el triple de la cantidad indebidamente obtenida, aplicada o no justificada; la pérdida durante un plazo de cinco años de la posibilidad de obtener subvenciones públicas y la prohibición durante un plazo de hasta cinco años para celebrar contratos con el Estado u otros entes públicos.

Pensamos que a primera vista pudiera parecer exagerada la regulación que acomuna a la revocación-reintegro, las sanciones administrativas por los mismos hechos (incumplimientos antes enumerados), porque cualquiera tiene derecho a pensar que con el reintegro del aporte dinerario con sus correspondientes intereses, la Administración queda resarcida de cualquier daño derivado del incumplimiento del perceptor; pero una pretendida justificación de ese tenor, ignora que la actividad de fomento de la Administración Pública generalmente se inscribe dentro de un Plan para intervenir indirectamente en la economía, siempre con la finalidad de tutelar específicos intereses públicos. De tal manera que el incumplimiento del beneficiario de la subvención no sólo daña patrimonialmente a la Administración, sino que la afecta en su misma razón de ser, que no es otra que el cuidado de los intereses generales. Por esa razón cuando el beneficiario incumple sus obligaciones, impide u obstaculiza que la Administración cumpla su cometido; de allí la necesidad de las sanciones, las cuales aunque sean administrativas cumplen un efecto pedagógico para los sancionados, así como para los potenciales perceptores de subvenciones.

13.9. **La actividad administrativa de fomento en Venezuela (las subvenciones)**.

13.9.1. **Premisa introductoria**. Pese a que la Constitución de 1999, como lo veremos enseguida, consagra un concepto muy amplio de fomento, y al mismo tiempo configura a la actividad administrativa de fomento como un título hablilitante de intervención en la actividad de los particulares en diversos sectores: económico, social, cultural, etc., todavía no existe un marco normativo que sistematice aunque sea a nivel de grandes principios, tan importante actividad. En efecto, es cierto que las indicadas disposiciones constitucionales encuentran desarrollo en múltiples textos legislativos, pero lamentablemente sin ningún tipo de hilo conductor que asegure o garantice que las ayudas económicas del Estado estarán efectivamente destinadas a que los particulares realicen actividades coincidentes con la tutela de un interés público. Dicho en otros términos, que se configure una relación de causalidad entre el auxilio económico proporcionado por la Administración, y la actividad del particular coincidente con un interés público, o con el interés general.

Reiteramos que en varias leyes, la mayoría de ellas sancionadas recientemente, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, aparecen delineadas, trazadas o simplemente asomadas técnicas de fomento, tales como: incentivos fiscales, exoneraciones tributarias, becas, subsidios, préstamos, etc., pero su regulación por no obedecer a un marco conceptual definido, se presenta en forma aislada y muchas veces yuxtapuesta. Todas ellas ciertamente están orientadas a promocionar actividades realizadas por los particulares estrechamente vinculadas a un interés público, pero a partir de allí las disposiciones que las contienen tienden a olvidar el establecimiento de mecanismos idóneos que garanticen que la inversión de los recursos públicos de esa especial manera, responda a las metas que se ha fijado la Administración, cuando existen esas metas.

Tal es la situación que puede ocurrir y ocurre que la misma técnica de fomento sea regulada de manera distinta en diversos instrumentos jurídicos. En fin, estimamos que los diseñadores de la política económica –y nos referimos al sector económico porque es el más propicio para la aplicación de este tipo de medidas– no han logrado comprender tanto en su dimensión histórica como actual, la importancia de la actividad administrativa de fomento en el desarrollo económico, y desde luego tampoco han ponderado su opción cuando recurren a estas medidas, en forma aislada, muchas veces acercándose más a una visión asistencial, que a una visión de desarrollo. Tal vez esa sea la razón que explique la inexistencia de una disciplina general, aunque sea a nivel mínimo, que regule la importantísima actividad de fomento que realiza el Estado venezolano.

Desde luego, que si en lugar de un Manual estuviésemos redactando una monografía sobre la actividad de fomento de la Administración Pública, entonces sería necesario hacer un censo de todas y cada unas de las leyes y de los reglamentos que contemplan técnicas económicas de fomento, para inmediatamente pasar a analizar con una visión de conjunto las disposiciones pertinentes de esos textos legislativos, a la luz de los postulados generales construidos por el Derecho Comparado, para concluir planteando a nivel doctrinario una tesis sobre esta actividad, a partir de la cual –sería lo deseable– pueda abrirse una discusión que conduzca a la sanción de una Ley que regule los principios generales de la actividad de fomento –sobre todo a la técnica de subvención– realizada por la Administración.

Queda claro entonces que no podemos acometer esa tarea, razón por la cual nos limitaremos a examinar la materia en el marco de la Constitución de 1999, y posteriormente analizaremos a título de muestra tres o cuatro de las leyes más importantes que contemplen técnicas económicas de fomento, a los fines de determinar si sus regulaciones se inscriben dentro de los lineamientos generales de la actividad de fomento formulados por la doctrina del Derecho

Comparado. Desearíamos contar con la ayuda tanto de la doctrina como de la jurisprudencia nacionales, pero la misma resulta prácticamente inexistente, pese a que el Estado venezolano tiene muchos años utilizando este tipo de técnicas, al punto que uno de los primeros ministerios creados en Venezuela (a mediados del siglo XIX) fue el Ministerio de Fomento, recientemente suprimido.

13.9.2. **La regulación de la actividad de fomento en la Constitución de 1999**.

13.9.2.1. **El fomento derivado del preámbulo y de la cláusula relativa al Estado social**. En primer lugar debemos dejar sentado que la actividad de fomento también estaba contemplada en la Constitución de 1961; pero en la de 1999 tal vez respondiendo a la definición recogida en esta última, acerca de Venezuela como Estado social, la regulación no sólo se perfecciona sino que se amplía tanto desde el punto de vista conceptual, como en el número de preceptos constitucionales dedicados a esa finalidad. En efecto, desde el mismo Preámbulo es posible inferir la voluntad del constituyente de consagrar la acción de fomento, desde luego, para que sea ejercida por los Poderes Públicos, pues no debe olvidarse que en una perspectiva finalista con esta acción el Estado persigue el bienestar de los ciudadanos. Esa era la idea manejada por los teóricos de la Ilustración, y fue la que pasó a la Administración decimonónica europea, y la que también sirvió de base a la construcción del concepto de fomento como título de intervención en la actividad de los particulares por parte de la Administración.

Pues bien, ese elemento teleológico del concepto de fomento, como expresamos antes, aparece recogido en el Preámbulo de la Constitución, cuando el mismo expresa "...asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación y sin subordinación alguna", ciertamente en términos no muy precisos, pero que sin dudas traducen el objetivo relativo a la consecución del bienestar de los ciudadanos, tal como lo concebían originalmente los teóricos de la Ilustración.

Es necesario destacar que la Constitución de 1999, siguiendo el modelo de las Constituciones alemana y española, proclama expresamente en su artículo 2, el carácter de Estado social de Venezuela, sin que ello signifique que antes, por lo menos durante la vigencia de la Constitución de 1961, en la cual no aparecía explícitamente tal definición, no fuese un Estado social, es decir, que no estuviese comprometido con el bienestar de la sociedad, siendo la diferencia que ahora aparece erigido en un imperativo constitucional expreso.

Pues bien, insistimos en que no cabe ninguna duda que estamos frente a una cláusula constitucional mediante la cual se constituye a Venezuela en un Estado social, e independiente de la posición que se asuma sobre su interpretación, en torno a la cual tanto una parte de la doctrina como la jurisprudencia coinciden, según PÉREZ ROYO (2001), en que "1) de dicha fórmula no es posible deducir pretensiones inmediatas por parte de los ciudadanos; 2) es en el desarrollo legislativo del Estado Social donde la fórmula desarrolla su eficacia práctica; 3) el Estado Social es un criterio de interpretación de las normas infraconstitucionales y de orientación de la actividad de los poderes públicos; 4) existe una interdependencia entre la efectividad de la fórmula jurídica y la realidad económica, ya que Estado de Derecho puede serlo un Estado pobre, pero un tal Estado difícilmente puede ser un Estado Social" .

Dejamos constancia que otra parte de la doctrina afirma que sí pueden ser deducidas pretensiones inmediatas por los ciudadanos, e inclusive que dicha cláusula tiene una "vis expansiva" que legitima la introducción de cambios en la Constitución económica, que al parecer fue la tesis seguida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia dictada el año 2002, sobre los denominados "créditos indexados".

No obstante, con prescindencia de las señaladas tesis, lo que resulta indiscutible es que la cláusula constitucional sobre el Estado

social, a diferencia de lo que ocurría durante el Estado liberal de derecho, conduce a la intervención de los Poderes Públicos sobre la realidad social y económica, a los fines ordenarla o regularla con la finalidad de promover el bienestar de la sociedad, y de manera muy especial el de los sectores menos favorecidos de la misma. Ahora bien, pensamos que este sustrato conceptual aparece claramente recogido en el artículo 2 de nuestra Constitución, pues aunque está vinculado a las nociones de Estado democrático, de derecho y de justicia, de todas maneras revela esa idea nuclear de incidir sobre la realidad social y económica en pro de la denominada "procura existencial" de los ciudadanos, cuando alude a los valores de justicia, de igualdad, de solidaridad y de responsabilidad social.

Más aún, es posible afirmar que el artículo 2 constitucional es la "norma de entrada del Estado social", en virtud de que la misma encuentra múltiples ramificaciones en el resto de la Carta Fundamental. Basta mencionar a título ejemplificativo el artículo que fija como fin del Estado la promoción de la prosperidad y el bienestar social del pueblo (art. 3); el artículo 299 que declara que el régimen socioeconómico de la República se fundamenta en los principios de **justicia social, solidaridad, protección del ambiente…** a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad…". Igualmente pauta que corresponde al "Estado conjuntamente con la iniciativa privada promover el desarrollo armónico de la economía nacional, a fin generar fuentes de trabajo, elevar el nivel de vida de la población… para **lograr una justa distribución de la riqueza**…"

Normas de igual tenor están contenidas en varios de los artículos que conforman los capítulos concernientes a los "derechos sociales" y a los "derechos económicos". Así, por ejemplo los artículos 76 (protección de la maternidad), 79 (derechos de los jóvenes a ser sujetos activos del proceso de desarrollo), 82 (derecho a la vivienda), etc., y en lo tocante a los derechos económicos los artículos 112 (la libertad

económica sujeta a las restricciones derivadas de razones de sanidad, protección del ambiente y de interés social); 115 (derecho de propiedad sujeto a las limitaciones derivadas de causas de utilidad pública o interés social), 117 (garantía de los derechos de los consumidores) etc. En ese mismo sentido aparece concebido el artículo 307 que declara el latifundio como contrario al interés social.

Queda pues, demostrado que la cláusula constitucional bajo examen no es una mera fórmula principista, sino que encuentra desarrollo o ramificación a lo largo de la Constitución, motivo por el cual los Poderes Públicos están obligados bien en ejecución directa del texto constitucional, o bien mediante su desarrollo en textos de rango legal, a intervenir sobre la realidad económica y social, con la finalidad antes indicada. Es cierto que en esa intervención el Estado puede acudir a diversas formas o técnicas de actuación, siendo hoy en día, cuando también está vigente el principio constitucional de la libre competencia, la **actividad de fomento**, una de las más propicias para lograr esa provisión de los denominados servicios sociales, pues de lo que se trata, como ya lo expusimos antes, es de incentivar, estimular o promover aquellas actividades de los particulares, sobre todo en el campo económico, que sean coincidentes con intereses tutelados por la Administración Pública, e inclusive puede ser utilizada hasta para intentar corregir las fallas que presente el libre mercado.

En fin, resulta concluyente que la aplicación de la cláusula constitucional de Estado social, conceptuada en los términos antes expuestos, conduce inexorablemente a que los Poderes de Estado utilicen la actividad de fomento, como uno de los instrumentos más importantes para tornar operativo el desideratum implicado en la misma, máxime si se tiene en cuenta que el aspecto teleológico de dicho tipo de acción coincide con el del Estado social, esto es, el bienestar social de la colectividad, de tal manera que si en el texto constitucional no existiera ninguna referencia al fomento, de todas maneras los órganos competentes de los Poderes Públicos estarían facultados para utilizar sus técnicas fundamentales.

13.9.2.2. **El concepto amplio y restringido de fomento que puede derivarse de la Constitución de 1999**. El examen de la Constitución evidencia que el constituyente además de guardar la debida congruencia entre el concepto de Estado social y la acción de fomento de los Poderes Públicos, al regular la indicada actividad siguió el mismo modelo de técnica constituyente utilizado para la consagración del Estado social, pues a partir de su enunciación implícita en el Preámbulo, continuó con una especificación de principio en el artículo 3, al erigir al fomento como un fin esencial del Estado, cuando pauta que a éste le corresponde "… **la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo**", para seguir particularizando todos los sectores sobre los cuales debe recaer ese tipo de acción, a saber, **promoción** de la elevación de la calidad de vida como parte del derecho a la salud (art. 83); **promoción** de la salud (art. 84) **fomento** del empleo (art. 87), **fomento** de la cultura (art. 99), **incentivos y estímulos** a las actividades culturales en el país, y a la cultura venezolana en el exterior (art. 100); **promoción** de la educación ciudadana (art. 102), **fomento** de la ciencia, la tecnología, el conocimiento y la innovación y sus aplicaciones (art 110); **promoción** del deporte y de la recreación (art. 111), **promoción** del desarrollo económico y la participación a nivel municipal (art. 178), **promoción** del desarrollo armónico de la economía nacional (art. 299), **promoción** de la manufactura nacional de materias primas provenientes de recursos naturales no renovables (art. 302); **promoción** de la agricultura sustentable (art. 305), promoción del desarrollo rural integral (art. 306), **promoción** de las formas asociativas y particulares de propiedad para garantizar la producción agrícola (art. 307); **promoción** de la pequeña y mediana industria, las cooperativas y las cajas de ahorro (art. 308) y; **protección especial** de la artesanía y las industrias populares típicas de la Nación, mediante facilidades crediticias (art. 309).

La enumeración anterior que no pretende ser exhaustiva, demuestra la gran importancia que el constituyente de 1999 le confirió a la actividad de fomento de los Poderes Públicos para lograr tornar operativa la cláusula del Estado social, importancia que no es únicamen-

te cuantitativa (gran número de preceptos), sino también cualitativa (importancia de las materias sobre las cuales debe incidir este tipo de acción). Ahora bien, dada las características que reviste la consagración constitucional del fomento, resulta necesario esclarecer su alcance y naturaleza, y al respecto conviene recordar que generalmente la doctrina mayoritaria al sistematizar la actividad que desarrolla la Administración Pública, la clasifica en tres grandes clases: **actividad de policía, de servicio público y de fomento**, pero que al mismo tiempo otro sector postula la necesidad de agregar nuevas categorías, derivadas de las tres mencionadas, como lo expusimos precedentemente.

Sin embargo, hemos traído nuevamente a colación esa clasificación para poner en evidencia, que pese a su validez, reduce el concepto de fomento a una actividad exclusiva y excluyente de la Administración Pública, lo que a la luz de los preceptos constitucionales transcritos pareciera erróneo, pues por el contrario de los mismos se desprende una concepción muy amplia, ya que abarca a todos los Poderes Públicos, especialmente al Ejecutivo y al Legislativo, tanto nacionales, estadales como municipales, e igualmente puede traducirse en actos administrativos y actos normativos. En efecto, si el elemento teleológico de la acción de fomento consiste en el logro del bienestar y progreso de la sociedad, tal como se desprende del preámbulo y del artículo 3 de la Constitución, y aparece especificado en cada uno de los citados preceptos constitucionales que identifican las materias sobre las cuales debe incidir la referida acción, reglas elementales de lógica formal y jurídica conducen a concluir que corresponde a todos los Poderes Públicos realizar las actividades de fomento, ciertamente en sus respectivas esferas de competencia, en acatamiento de los principios de separación de poderes y de legalidad.

En suma, de la Constitución se desprende un concepto amplio de fomento que va más allá del manejado generalmente por los administrativistas, quienes lo limitan únicamente a una categoría de la actividad administrativa, razón por la cual es considerado como una competencia

exclusiva y excluyente de la Administración Pública. Es necesario subrayar que dicha concepción, por supuesto, **restringida** del fomento, resulta correcta en el marco del Derecho Administrativo, pero al mismo tiempo debe admitirse que es igualmente correcta la señalada concepción **amplia** derivada del Derecho Constitucional. En esta perspectiva conceptual la actividad de fomento puede provenir de cualquier Poder del Estado, especialmente, como dijimos antes, de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, motivo por el cual puede ejecutarse mediante actos administrativos y normativos, pudiendo ser estos últimos de rango legal o infralegal, e inclusive acudiendo a otro tipo de actividades como son la de policía y la de servicio público.

Ha de advertirse que aparte de la innegable importancia que reviste el esclarecimiento, desde el punto de vista académico y científico, de la naturaleza y alcance de la acción de fomento en la Constitución de 1999, que la doctrina y la jurisprudencia, sobre todo extranjeras, siempre han dedicado todos sus esfuerzos a estudiar la actividad de fomento en sentido restringido, es decir, como proveniente de la Administración Pública. Tal vez ello se deba a que históricamente siempre ha correspondido a los órganos administrativos ejercer este tipo de actividad, con todos los problemas que dicho ejercicio ha suscitado en torno a la preservación de los principios constitucionales de igualdad, de legalidad y de libre competencia, y a los legales de objetividad, transparencia y eficiencia, todos hoy en día resueltos casi totalmente por los diversos ordenamientos jurídicos, lo que ha conducido a la doctrina, por las indicadas razones prácticas que aún se mantienen, a centrar su examen exclusivamente en el concepto restringido de fomento.

Pues bien, sin desconocer la importancia de la aludida concepción restringida de fomento, reiteramos que en el marco del Derecho Constitucional venezolano también debe tenerse muy en cuenta la concepción amplia, la cual seguramente jugará un papel relevante en la oportunidad en que se dicte la Ley que enumere las competencias

concurrentes de los Poderes Nacional, Estadal y Municipal, a los fines de echar a andar el proceso de descentralización siguiendo las pautas de la Constitución de 1999, pues sin dudas que atendiendo a la referida concepción amplia, será necesario admitir que el fomento es una competencia concurrente de los tres entes territoriales, y lo que es más importante aún, que esa concurrencia se extiende a las materias antes identificadas, sobre las cuales por imperativo constitucional debe recaer esa acción.

Por último, ha de reconocerse que ante la ausencia de uno o varios instrumentos jurídicos que disciplinen las actividades de fomento en forma sistemática, en los cuales se consagren las diversas medidas, los presupuestos de procedencia, el monto de las medidas, el mecanismo de la acción concertada, la garantía de los principios de transparencia, objetividad, concurrencia y eficiencia en la adopción de las medidas, las causales de modificación, revocación y reintegro de las medidas, la responsabilidad administrativa de los perceptores, el control del ente concedente y del órgano de control externo sobre la actividad estimulada, etc., sólo resta, como expresamos antes, tratar de derivar esos lineamientos, de los múltiples instrumentos normativos que regulan bajo diversas denominaciones (estímulos, incentivos fiscales, exenciones, subsidios, becas, etc.) medidas de fomento.

13.9.3. **Instrumentos normativos que disciplinan medidas de fomento**. Repetimos que debido a la inexistencia de una disciplina normativa, que aunque en forma mínima, trace los lineamientos generales en esta materia, nada obsta para que cualquier ley contenga en forma aislada un dispositivo que autorice el otorgamiento de una medida de fomento, razón por la cual resulta muy difícil hacer una lista que agote todos los casos. Por esa razón nos limitaremos únicamente a enunciar las leyes que resultan más emblemáticas, porque su propia denominación permite presumir que tienen como objetivo directo o indirecto fomentar un determinado sector o actividad. A continuación enumeramos algunas de ellas: Decreto Ley de Creación, Estímulo,

Promoción y Desarrollo del Sistema Microfinanciero, Decreto Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, Decreto Ley sobre el Régimen de Promoción y Protección de Inversiones; Ley de Estímulo al desarrollo de las actividades Petroquímicas, Carboníferas y similares; Ley Orgánica de Ciencia y Tecnología e Innovación; Ley del Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social; Ley del Banco de Comercio Exterior, Ley que Regula y Fomenta la Multipropiedad y el Sistema de Tiempo Compartido, Ley de Creación y del Régimen de la Zona Libre para el Fomento de la Inversión Turística en la Península de Paraguaná, Estado Falcón, Ley del Fondo de Crédito Industrial, Ley que regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, Decreto Ley de creación del Fondo Único Social; Ley de Tierras y de Desarrollo Agrario, Ley Orgánica de Seguridad Social, Decreto Ley que regula el Sistema Nacional de Garantías Recíprocas para la Pequeña y Mediana Industria y Ley del Banco Industrial de Venezuela.

Insistimos que se trata de una lista incompleta, pero suficiente para aproximarse a las diversas medidas de fomento utilizadas por el legislador venezolano, e intentar otear algunos de sus rasgos generales, en virtud de la forma aislada en que aparecen consagradas. Por tanto, nos corresponde realizar el examen muestral de algunos de los instrumentos normativos antes mencionados, con la finalidad de tratar de encuadrar las medidas que ellos contemplan en la disciplina general de esta clase de actividad administrativa.

13.9.4. **Las principales técnicas económicas de fomento previstas en el ordenamiento jurídico, examinadas a la luz del Decreto Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, el Decreto Ley de Creación, Estímulo Promoción y Desarrollo del Sistema Microfinanciero, la Ley Orgánica de Seguridad Social y la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional**.

13.9.4.1. **La subvención**. Como expresamos antes, la subvención junto a los créditos, los anticipos, los incentivos fiscales y las exenciones y exoneraciones fiscales o tributarias, constituyen las denominadas técnicas económicas de fomento, es decir, las medidas que puede adoptar la Administración para estimular las actividades de los particulares vinculadas a un interés público. También señalamos, siguiendo a la doctrina española, que la subvención era y es la más importante de todas esas medidas, al punto que algunos autores son partidarios de convertirla de especie a género de las técnicas económicas de fomento. Reiteramos que en Venezuela no existe ninguna disciplina legislativa sobre la figura de la subvención, motivo por el cual examinaremos algunos dispositivos que la consagran en las leyes mencionadas en el epígrafe, para tratar de inferir los principios que regirían en nuestro país. En esa línea argumental observamos que el artículo 49 de la Ley Orgánica de Seguridad Social preceptúa:

"Los recursos para el funcionamiento de la Tesorería de Seguridad Social provendrán de las fuentes siguientes: aportes fiscales que se asignen con cargo al presupuesto del ministerio con competencia en materia de previsión social, donaciones, legados, aportes, **subvenciones y demás liberalidades** que reciba de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras…".

En esos mismos términos aparece concebida la **subvención** en los artículos 34 y 80 de esa misma Ley. Por otro lado, la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y de Política Habitacional contempla la **subvención** bajo la denominación de **subsidio**, en los siguientes términos:

"Se establece el **subsidio** directo a la demanda, que es **un subsidio familiar de vivienda en dinero**, otorgado una sola vez **sin la obligación de restitución**, siempre y cuando el beneficiario cumpla con las condiciones que prevé la presente Ley, estará ajustado a las condiciones demográfico-económicas del grupo familiar considerando el equilibrio entre el criterio de progresividad que implica a

menor ingreso y mayor número de personas que integran el núcleo familiar, mayor subsidio…

El subsidio directo a la demanda será otorgado para una vivienda y, dependiendo de las características de la misma, su aplicación se hará en partes, o en una sola y única porción al momento del otorgamiento de los documentos respectivos. El monto del subsidio será determinado por el Consejo Nacional de la Vivienda…, en función de las condiciones demográfico-económicas, de los ingresos del o de los beneficiarios y el valor de la vivienda.

El Consejo Nacional de la Vivienda fijará anualmente el monto de los recursos que se dispondrán para el otorgamiento de estos subsidios en función del Plan Anual Habitacional…".

El artículo 30 *ejusdem* prescribe:

"La selección de los afiliados para optar al **subsidio directo** a la demanda previsto en esta Ley estará sujeta a un sistema de elegibilidad. Las Normas de Operación regularán todo lo concerniente a dicho sistema, considerando variables o factores que sean cuantificables".

Por otra parte, el artículo 42 de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, estatuye:

"El Ejecutivo Nacional estimulará la formación del talento humano especializado a través del financiamiento total o parcial de sus estudios e investigaciones y de incentivos, tales como: **premios, becas, subvenciones**, o cualquier otro reconocimiento que sirva para impulsar la producción científica, tecnológica y de innovación".

13.9.4.1.1. **La confusión terminológica presente en las disposiciones normativas transcritas**. Del análisis de las distintas disposiciones transcritas se infiere inmediatamente una confusión, básicamente en el manejo de los términos, pero también de naturaleza conceptual. En efecto, los preceptos de la Ley Orgánica de Seguridad Social vuelven a

la tesis superada hace bastante de tiempo de considerar a la subvención como una liberalidad o donación, lo que sin dudas constituye un error evidente, si de lo que se trata es de encuadrar ese financiamiento en el marco conceptual de la actividad de fomento. Pero más extraño aún, por decir lo menos, resulta que la norma erige a una empresa privada o a una persona natural en el sujeto que realiza la subvención, es decir, hace el aporte patrimonial a los órganos indicados del Sistema de Seguridad Social.

Desde luego, que cuando esos esquemas normativos se examinan atendiendo a los principios generales que conforman el marco teórico de la actividad administrativa de fomento, y más concretamente de la técnica de la subvención, no queda más que concluir que el legislador utilizó incorrectamente el término "subvención", pues la misma estructura de la aportación patrimonial no se corresponde con el principio de que la actividad debe provenir de una Administración Pública, mas no de un privado, tampoco aparecen regulados todos los elementos que configuran a esta técnica de fomento, como son el control por el concedente de la actividad, los términos de la acción concertada (derechos y obligaciones del perceptor), las causales de revocación o reintegro, las sanciones por incumplimiento, etc.

Además la misma conformación de la norma que alude a "donaciones, legados, aportes, subvenciones y **demás liberalidades**, demuestra inequívocamente que la intención de la Ley no es otra que referirse a verdaderas liberalidades, bajo las distintas modalidades conocidas en el Derecho privado; de allí que en estricta puridad conceptual, en nuestro criterio, el término "subvención" utilizado en los artículos 34, 49 y 80 de la Ley Orgánica de Seguridad Social responde a la connotación doctrinaria de una liberalidad, y no a una técnica de fomento. Si esta tesis es correcta, los órganos competentes del Sistema de Seguridad Social deberán extraer las consecuencias jurídicas pertinentes.

13.9.4.1.2. **Subvención o subsidio.** En cambio el denominado **subsidio directo** a la demanda contemplado en la Ley que regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, sí reúne casi todos los indicadores que en el marco de la doctrina y del Derecho Comparado permiten definir a la **subvención**. No obstante, antes de comenzar a examinar dichos indicadores, es necesario aclarar que amplios sectores de la doctrina suelen identificar al **subsidio** con la **subvención,** pero algunos autores por el contrario estiman que el subsidio es una modalidad específica de la subvención (relación género a especie), que consiste obviamente en la transferencia de una suma de dinero del ente público, pero no al particular promocionado, sino a un ente privado que le concede un crédito a éste, a los fines de reducir el capital o los intereses del préstamo. Junto al subsidio se incluyen como modalidades de la subvención los premios, las primas y las becas.

13.9.4.1.2.1. **Los indicadores legales del concepto de subvención**. Pareciera que el legislador venezolano se adscribió a la indicada tesis que equipara el subsidio a la subvención. En efecto, el análisis de las transcritas disposiciones de la Ley del Subsistema de Vivienda y de Política Habitacional, así lo demuestra, pues en la configuración del mencionado subsidio están presentes los siguientes indicadores:

a) **La atribución patrimonial**, concretamente de una suma de dinero, de un ente público, a un particular afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral para la adquisición de una vivienda, que inclusive puede hacerlo de una sola vez, o por partes.

b) **La atribución patrimonial en principio es a fondo perdido**, tal como lo establece el artículo 30, cuando expresa “sin obligación de restitución”. No obstante, es necesario puntualizar que este indicador admite una excepción contemplada por el artículo 29, parágrafo único, ejusdem, pues en el caso de que los beneficiarios del subsidio o subvención enajenen la vivienda dentro de los primeros

cinco años después de haberlo obtenido, deberán **reintegrar** al ente concedente el monto de la subvención, y aunque la disposición no lo dice expresamente, resulta lógico suponer, que igualmente están obligados a cancelar los correspondientes intereses.

En realidad más que una excepción a este indicador infaltable en la definición de subvención, estimamos que más bien se trata de un supuesto de incumplimiento de una obligación por parte del perceptor del subsidio, que consiste en la prohibición de vender la vivienda adquirida dentro de los cinco años siguientes a la fecha de recepción de la ayuda. De tal manera que si incumple dicha obligación, debe reintegrar el monto del mismo. Planteada así la situación, no puede entonces negarse que se mantiene la exigencia del indicador bajo examen, sólo que tal vez por un defecto de técnica legislativa, originado en la falta de sistematización de esta materia, puede dar la impresión de que la norma deroga el principio del carácter gratuito de la subvención, cuando se trata más bien –insistimos– de la tipificación de una causal de incumplimiento de una obligación del beneficiario o perceptor.

c) También pareciera que la Ley consagra, aun el marco de la doctrina del Derecho Administrativo, el concepto restringido de subvención, pues **al erigir al particular como único perceptor**, excluye la posibilidad de que pueda revestir ese carácter un ente público; y por consiguiente conduce a rechazar que puede denominarse subvención, por ejemplo, la transferencia de recursos públicos de un órgano del Estado a un órgano Estadal o Municipal, como ocurre en otros países. Como ya dijimos, el particular tiene que reunir las condiciones exigidas en la Ley, y debe estar afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral.

d) Igualmente es posible inferir **la relación de causalidad exigida entre la atribución patrimonial y la actividad del particular**, puesto que la suma de dinero debe ser utilizada única y exclusivamente para adquirir la vivienda, que es la actividad social que se pretende promover o estimular.

Además de las señaladas variables es necesario destacar que las disposiciones legales examinadas tienden a reducir significativamente la potestad discrecional del ente competente para el otorgamiento de la subvención, dado que las mismas establecen supuestos específicos que condicionan dicho otorgamiento, como son el respeto al principio de progresividad, que implica a menor ingreso y mayor número de personas que integran el núcleo familiar, mayor subsidio; la determinación del monto del subsidio y su publicación en la Gaceta Oficial, la consideración de los ingresos de los beneficiarios y el valor de la vivienda (art. 27).

Además, en aras de preservar los principios de transparencia y de concurrencia en la concesión del subsidio, la Ley en su artículo 30 obliga al diseño de un sistema de elegibilidad de los potenciales beneficiarios. Suponemos que el fin último de la mencionada norma debe ser el establecimiento de un régimen competitivo que operaría, desde luego, entre los ciudadanos que reúnan los requisitos exigidos legalmente.

13.9.4.1.2.2. **La regulación y el respeto a los principios de legalidad, de consignación presupuestaria y de igualdad**. Por otro lado, cabe señalar que la regulación de la subvención, por supuesto, que respeta los principios de legalidad (por el sólo hecho de estar contemplada en el citado texto legislativo); de consignación presupuestaria, porque previamente el monto del subsidio debe ser determinado por el Consejo Nacional de la Vivienda, lo que permite presumir que tal determinación sólo es posible si existe una partida presupuestaria que contemple el gasto para esa clase de subvención; de igualdad, porque como expresamos antes, la concesión del subsidio está basada en un sistema de elegibilidad construido sobre parámetros que deben atender básicamente a la preservación de dicho principio. En virtud de la particularidad de esta clase de subvención, resulta irrelevante referirse a la preservación del principio de la libre competencia. Por último, observamos que también se respeta el principio legal atinente al carácter

no lucrativo de la subvención, debido a que en ningún caso, tal como aparece delineada esta figura en la Ley, su monto total puede ser superior al costo de la vivienda.

13.9.4.1.2.3. **La regulación legal y la naturaleza de la subvención.** De los dispositivos transcritos es posible inferir que la subvención tiene la naturaleza de un acto administrativo unilateral que da lugar a un relación jurídico administrativa, en razón de que corresponde al Consejo Nacional de la Vivienda tomar la decisión sobre la base de la evaluación del cumplimiento de los requisitos legales por parte de los beneficiarios. La condición de acto unilateral de la Administración pareciera quedar reafirmado con el carácter consuntivo que en principio la Ley le atribuye a la subvención, porque una vez otorgada ésta pareciera cesar cualquier relación entre concedente y beneficiario, salvo en la hipótesis de la venta de la vivienda subsidiada dentro del plazo de cinco años a partir de la fecha de la adquisición, supuesto en el cual está prevista la obligación de reintegro por parte del particular ayudado.

O sea, que las disposiciones legales no contemplan el convenio que suele firmarse entre Administración y subsidiado, como producto de la acción concertada, en el cual se especifican las eventuales cargas y obligaciones de éste, así como las potestades de aquélla. Pensamos que nada obsta para que ello ocurra, e inclusive las previsiones en tal sentido pueden incluirse en las denominadas Normas de Operación, no obstante, la particularidad de esta clase de subvención (acto consuntivo) pareciera desaconsejar la suscripción del mencionado convenio.

13.9.4.1.2.4. **La regulación legal y el procedimiento de la subvención**. La Ley no contempla un procedimiento constitutivo especial para la tramitación y la adopción de la medida, empero sí asoma ciertos rasgos procedimentales que perfectamente pueden ser utilizados por el Consejo Nacional de la Vivienda para diseñar un procedimiento expedito caracterizado por la transparencia y la objetividad. En efecto, cuando en su artículo 27 enuncia los requisitos que deben cumplir los

potenciales beneficiarios del subsidio, la comprobación de los mismos requiere una fase de sustanciación, en la cual también debe incluirse la ponderación de los mismos a la luz de las **reglas de elegibilidad** (concurrencia) a que alude el artículo 30 ejusdem. Por supuesto, que una vez concluida la sustanciación, corresponderá al órgano competente la adopción de la decisión. Lo que quedaría por discutir sería si en la fase de sustanciación se les daría audiencia a los interesados, o si sencillamente, se consideraría que la instrucción se agota con la presentación de la documentación requerida, así como con los informes recabados por el órgano sustanciador.

Existe un silencio legislativo en lo tocante a la iniciación del procedimiento, pero todo pareciera apuntar a que la misma proceda a solicitud de los interesados. Desde luego, que atendiendo a la preservación del principio de igualdad constitucional nada obsta para que dicha fase sea configurada a través de una convocatoria pública a todos los interesados que reúnan los requisitos legales, caso en el cual la iniciación sería de oficio. De modo, pues, que los indicados trazos legales permiten afirmar la voluntad de la Ley de configurar un procedimiento integrado por sus fases básicas: iniciativa, instrucción y decisión, pudiendo el Consejo Nacional de la Vivienda o el órgano al que corresponda la potestad normativa reglamentaria en esa materia, complementar y desarrollar esas fases, siempre orientados por la idea de la máxima simplificación de los trámites administrativos.

Estimamos que a la luz del principio relativo a la impugnabilidad de los actos administrativos en Venezuela, derivado de la Constitución y de la parcialmente vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y no existiendo ninguna previsión al respecto en la Ley que regula el Subsistema de Vivienda y de Política Habitacional, el acto mediante el cual se otorga o se niega una subvención para la demanda de vivienda, es recurrible por los interesados, quienes adquieren esa condición por el sólo hecho de haber participado en el procedimiento que dio lugar a la emanación del acto ("intereses competitivos" que darían lugar a la legitimación activa).

Cabe hacer notar, finalmente, que tal como es diseñada la regulación para el otorgamiento de este subsidio, la cual contempla en forma puntual y agotadora casi todos los presupuestos de hecho que condicionan su procedencia (requisitos de los beneficiarios, monto de la subvención, régimen de elegibilidad, etc.), que la discrecionalidad del Consejo Nacional de Vivienda es reducida, razón por la cual se facilita el control jurisdiccional de su actividad.

13.9.4.1.2.5. **La regulación legal y las sanciones por incumplimiento**. La Ley no contempla sanciones específicas para los beneficiarios que incumplan con la prohibición de vender la vivienda subsidiada en el indicado plazo de cinco años, como ocurre en otros países, conformándose la Administración con el reintegro del monto de la subvención. Tampoco está tipificado como causal de incumplimiento el suministro de datos falsos para lograr obtener el subsidio, razón por la cual si la Administración comprueba que el beneficiario ha adoptado esa conducta no podrá solicitarle el reintegro del subsidio, pero en cambio estará facultada de conformidad con el artículo 114 de la Ley, para imponerle una multa comprendida entre 70 y 140 unidades tributarias.

De manera que proporcionar datos falsos para obtener la subvención, puede dar lugar por vía indirecta a la imposición de una sanción administrativa, debido a que tal como aparece tipificada la infracción en el referido dispositivo, resulta aplicable también a los beneficiarios de subvenciones, en virtud de que preceptúa que “La falta de suministro o falsedad por parte de cualquier persona natural o jurídica de la información a que están obligadas a entregar conforme a este Decreto-Ley, sus Normas de Operación y las resoluciones emanadas del Consejo Nacional de Vivienda, será sancionada con multa comprendida…” .

Únicamente queda por acotar que es verdad que el referido esquema normativo revela la decisión del Estado de sancionar un caso

de incumplimiento del beneficiario en la obtención de la subvención, pero el mismo, además de tener una incidencia indirecta en la materia, aparece aislado en la regulación, es totalmente parcial, al no contemplar todas las hipótesis específicas de incumplimiento, o en general infracciones a la normativa, que pueden ser conceptuadas como causales de sanciones administrativas.

Por último, es necesario destacar que en fecha 7 de abril de 2003 fue sancionada la novísima Ley contra la Corrupción, derogatoria de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, la cual en su artículo 3, aparte único, define como patrimonio público a los recursos que todos los órganos y entes de la Administración Pública, incluyendo a las empresas del Estado, y a las fundaciones y asociaciones civiles del Estado, entregan mediante **transferencias, aportes, subsidios y contribuciones** o alguna modalidad similar, para el cumplimiento de finalidades de interés o utilidad pública, hasta que se demuestre el logro de dicha utilidad, a los fines establecer que los particulares que administren dichos recursos estarán sujetos a las sanciones (penales, civiles y administrativas), así como a las previstas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. El aludido esquema normativo prescribe:

"…Se considera igualmente patrimonio público, los recursos entregados a los particulares por los entes del sector público mencionados en el artículo anterior, mediante transferencias, aportes, subsidios, contribuciones o alguna otra modalidad similar para el cumplimiento de finalidades de interés o utilidad pública, hasta que se demuestre el logro de dichas finalidades. Los particulares que administren tales recursos estarán sometidos a las sanciones y demás acciones y medidas previstas en esta Ley y en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal".

La simple lectura del esquema normativo transcrito revela la voluntad del Estado de pasar a un estadio superior del control en el

caso de las subvenciones, las cuales como hemos dicho al inscribirse en la clase de las actividades administrativas de fomento, siempre deberán concederse a los particulares para el logro de finalidad de interés o de utilidad pública, que ahora se extiende al establecimiento de la responsabilidad penal, con sanciones muy graves, todas privativas de la libertad, por lapsos bastantes largos. Sin entrar a mayores análisis, es lógico pensar que una norma de esta naturaleza rompe el marco conceptual de la mencionada actividad de fomento, pues desde luego, que resulta admisible y hasta natural que en la tutela del patrimonio público, el Estado concedente de la subvención, esté facultado para imponer una sanción, que como hemos visto generalmente consiste en la revocatoria de la ayuda, con el consiguiente reintegro del monto concedido y sus respectivos intereses, e inclusive sanciones administrativas en determinados casos, pero establecer esa clase de sanciones penales (privativas de la libertad), podría tornar nugatoria la actividad de fomento, máxime si tiene en cuenta la tendencia a que la misma se realice sobre la base de riesgos compartidos.

Más aún, es necesario hacer constar que la Ley contra la Corrupción es sumamente punitiva, con sanciones verdaderamente draconianas, lo que revela una tendencia, en nuestro criterio errónea, de pretender combatir un fenómeno que prácticamente se ha convertido en una cultura en Venezuela, como lo es la corrupción, con un cúmulo de penas civiles, administrativas y penales, todas muy graves, olvidándose de establecer medidas y políticas de corte pedagógico, con un conjunto de estímulos honorarios, laborales y educativos, para sustituir progresivamente la referida cultura, por la de la probidad, la transparencia y la eficiencia administrativas, como por lo demás lo establece la Constitución, tanto cuando caracteriza a la función pública, como cuando asigna los cometidos al Poder Ciudadano. Hemos hecho esta corta exposición para demostrar que esa norma resulta incompatible con el concepto de fomento, tal como lo hemos expuesto anteriormente, porque es dudoso que a un particular al cual se pretenda estimular para que realice determinada actividad vinculada con el interés público, deba comenzar

su relación con la Administración, por ejemplo, con la declaración jurada de patrimonio, so pena de ser sancionado administrativa o penalmente. Igualmente resulta bien dudoso de ahora en adelante, para poner otro ejemplo que podría derivarse de la aplicación de la Ley contra la Corrupción, que un particular aceptara un subsidio, si tiene presente que de alguna manera se le puede aplicar el artículo 56 de dicho texto que pauta "El funcionario público que ilegalmente diere a los fondos o rentas a su cargo, una aplicación diferente a la presupuestada o destinada, aun en beneficio público, será penado con prisión de tres meses a tres años, según la gravedad del delito".

Aparte de que el dispositivo se parece mucho a una norma penal en blanco al montar la pretendida tipificación sobre el término "ilegalmente", que no llega a definirse, cabe aclarar que de conformidad con el artículo 2, numeral 3, de la citada Ley, funcionario público puede ser "cualquier otra persona en los casos previstos en la Ley", y de alguna manera cuando el citado artículo 4, único aparte, ejusdem, ordena aplicar ese texto legislativo a los particulares a quienes se le otorguen subvenciones, los erige a los efectos de esa aplicación en funcionarios públicos. De allí, pues, que disposiciones como la indicada, consagradas únicamente con el ánimo punitivo, sin examinar el efecto que pueden tener en el ordenamiento jurídico (no se olvide que la actividad de fomento está prevista en la Constitución), resultan sumamente perjudiciales, porque pueden llegar a desnaturalizar una parte significativa de la actividad económica del Estado.

13.9.4.1.2.6. **La regulación legal y el control externo**. Finalmente, debemos destacar que tanto la Administración en su rol de concedente, como el particular en su rol de perceptor de la subvención, están sujetos **al control de la Contraloría General de la República**, tal como se desprende del artículo 9, numerales 6 y 12, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que preceptúan respectivamente "Están sujetos a las disposiciones de la presente Ley y al

control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República 1. Omissis. 6. Los institutos autónomos nacionales, estadales, distritales y municipales. 12. Las personas naturales o jurídicas que sean contribuyentes o responsables, de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Tributario, o que en cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones con cualesquiera de los organismos o entidades mencionadas en los numerales anteriores o que **reciban aportes, subsidios**, otras transferencias o incentivos fiscales, o que en cualquier forma intervengan en la administración, manejo o custodia de recursos públicos".

La norma transcrita no hace más que revelar el amplio poder de control que se confiere al órgano contralor nacional en materia de subvenciones, el cual ejerce sobre la Administración concedente, en este caso, el instituto autónomo Consejo Nacional de la Vivienda, y también sobre los particulares que se beneficien de la subvención; pero por la particularidad que ésta reviste es lógico pensar que el ámbito de ese control será muy reducido, dado que podrá referirse únicamente al cumplimiento de los requisitos por parte de los perceptores, así como a la determinación de si aquellos que enajenaron la vivienda dentro del señalado plazo de cinco años, procedieron a realizar el reintegro previsto en la Ley. Sin embargo, cabe subrayar que la vigilancia de la Contraloría General de la República cobra toda su dimensión cuando se trate de otro tipo de subvenciones, extendiéndose inclusive al control de la gestión sobre el particular al cual se le aportan cantidades de dinero para que realice las actividades subvencionadas.

13.9.4.1.2.7. **La subvención a la luz de la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo**. En realidad el desarrollo sucinto de este punto no se corresponde con su denominación, ya que se trata de la referencia a una y única sentencia, lo que no permite calificar a la eventual doctrina en ella contenida, como verdadera jurisprudencia. Sin embargo, en vista de que alude al aspecto sustantivo de las **subvenciones**, sobre la base de la doctrina extranjera

(italiana), nos parece interesante transcribir algunos párrafos de la misma con la finalidad de que los lectores puedan contrastarlos con los lineamientos generales de la subvención esbozados en páginas anteriores. De una vez hacemos constar que la sentencia es del año 1985, y que recayó sobre el recurso interpuesto por la Fundación Orquesta Filarmónica de Caracas, contra el acto del Consejo Nacional de la Cultura (CONAC), mediante el cual ese instituto autónomo decidió suspender el pago de la **subvención** por el monto de catorce millones de bolívares que le había sido otorgado el año anterior, y figuraba en la partida presupuestaria correspondiente del CONAC.

Aparte de los aspectos procesales del asunto, a continuación transcribimos algunas partes de la sentencia que reflejan el criterio de la Corte sobre el marco conceptual de la subvención: "… Ahora bien, el beneficiario de una subvención, esto es, un acto administrativo de naturaleza constitutiva **que no implica una contrapartida en el mismo**, posee sin embargo, **un interés legítimo** frente a la Administración…" .

"...Se llega a la conclusión de que **tal obligación legal no existía**, por cuanto la misma no estaba sujeta necesariamente a pagar la subvención presupuestariamente prevista, sino simplemente autorizada para hacerlo hasta por el monto preestablecido, por lo cual la falta de pago no constituye violación de la ley…". "…Esta figura de enorme importancia y de poco estudio en el campo del Derecho Administrativo recibe variados nombres, se les denomina **erogaciones pecuniarias, atribuciones pecuniarias o subvenciones**…" "y finalmente **las subvenciones en sentido estricto** que, estructuralmente, se caracterizan por tener un presupuesto concreto de referencia que debe ser una suma que se pague por concepto de interés, o bien la que represente el costo de la obra, o finalmente, para cubrir una determinada partida".

"Ahora bien, en la presente situación, la Fundación Orquesta Filarmónica de Caracas **no es titular de un derecho subjetivo** sino de

un interés legítimo frente a la Administración, en tutela del cual tenía legitimidad para impugnar el acto que lo afectara, pero no así para pretender el cumplimiento por parte del organismo autor del acto de una conducta que no estaba contenida en una obligación precedente…".

Basta comparar los párrafos transcritos de la aludida sentencia, que insistimos están estrechamente relacionados con la concepción sustantiva de subvención, con el marco teórico sobre esta figura contenido en las páginas precedentes, para observar significativas disonancias conceptuales, que tal vez obedezcan a la inexistencia de un marco legislativo, así como de un marco doctrinario en Venezuela para la fecha en que fue dictado el fallo, situación que, dicho sea de paso, aún se mantiene.

13.9.4.1.2.8. **Otras modalidades de subvención (incentivos, premios y becas)**. Cabe reiterar que constituyen otras modalidades de subvención, las primas, los premios, las becas y según una parte de la doctrina, también los subsidios. Ahora bien, el transcrito artículo 42 de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación (LOCTI), aunque en forma un poco confusa, bajo la denominación de **incentivos**, contempla a los premios, las becas y las subvenciones. La confusión radica en que se mezcla el género con las especies, pues todas las actividades de fomento, como hemos afirmado, tienen como finalidad incentivar determinadas actividades de los particulares por la relación que su desarrollo guarda con el interés público. Por consiguiente, resulta válido afirmar que toda acción de fomento constituye desde el punto de vista sustantivo **un incentivo,** o sea, que en esa perspectiva conceptual es posible utilizar como expresiones equivalentes, fomento, estímulo, incentivo y promoción. No obstante, la doctrina –en aras de darle un tratamiento sistemático a la actividad de fomento– se ha abstenido de utilizar el término incentivo en forma genérica, es decir, que abarque toda técnica de fomento, y ha preferido por el contrario convertirlo en una técnica específica bajo la denominación de "incentivo fiscal o tributario, y la ha incluido dentro de la categoría de las técnicas económicas de fomento (exenciones y exoneraciones fiscales)".

Ha de advertirse que la indicada confusión legislativa se repite en el artículo 106 de la Ley que regula el Subsistema de Vivienda y de Política Habitacional que prescribe “El ejecutivo Nacional, a través del Ministerio de Infraestructura, previa opinión del Consejo Nacional de la Vivienda, podrá otorgar **incentivos** para lo siguiente:

1. Adquisición y habilitación de tierras para la construcción y venta de viviendas a menores costos; y 2. Establecimiento de planes especiales de ahorro que permitan el financiamiento de cuotas para la adquisición de viviendas”. La lectura del dispositivo transcrito demuestra que el término incentivo es utilizado como sinónimo de fomento, de promoción, etc., pero alejado de la sistemática conceptual antes expuesta, lo que contribuye a crear una ambigüedad normativa, a diferencia del artículo 42 LOCTI, que ciertamente utiliza la expresión en forma incorrecta, al imprimirle el indicado sentido genérico, pero inmediatamente hace la corrección, al especificar en qué consisten los incentivos, o las modalidades de los mismos (premios, becas y subvenciones).

En cambio, en el dispositivo de la ley que regula el Subsistema de Vivienda y de Política Habitacional, bajo examen, el incentivo puede estar constituido por cualquiera de las técnicas de fomento, ampliándose de esa manera inconvenientemente la discrecionalidad del Consejo Nacional de la Vivienda, pues no hay que olvidar que los vicios de fraude y corrupción, los cuales resultan casi imposibles de eliminar de este tipo de actuaciones de la Administración, se potencian cuando se configuran en los textos legislativos por error, o conscientemente, potestades administrativas extremadamente discrecionales.

Por consiguiente, en el contexto del marco teórico delineado anteriormente, no es posible considerar que las subvenciones constituyan una especie de los incentivos, mucho menos las becas o premios, que más bien son especies de la subvención. Aclarada la confusión presente en el citado esquema normativo, queda entonces por destacar que la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, utiliza a los premios y las becas como las figuras más importantes para promocionar las actividades que regula.

13.9.4.1.2.8.1. **Los premios y las primas**. Conviene recordar que los premios constituyen aportaciones patrimoniales que otorga la Administración a los particulares para estimular determinada actividad vinculada al interés público, como en el caso de la ciencia, la tecnología y la innovación, con la particularidad de que en su concesión el órgano competente detenta una potestad discrecional muy amplia, pese a que siempre habrán unas bases que regularán dicha concesión.

Constituye un ejemplo en este sector el "Premio Nacional de Ciencia", en sus diversas menciones, que goza de gran prestigio, e implica además de un gran honor para el premiado, la entrega de una significativa cantidad de dinero. Desde luego, que la Administración puede perfectamente premiar diversos tipos de actividades enmarcadas en la ciencia, la tecnología y la innovación, inclusive como la diferencia entre prima y premio, radica en que la primera está sujeta al ejercicio de potestades regladas, y el segundo a potestades discrecionales, nada obsta para que la Administración sobre la base del citado artículo 42 LOCTI cree, por ejemplo, una prima para ser entregada a empresas que mejoren su producción sobre la base de la innovación tecnológica.

13.9.4.1.2.8.2. **Las becas**. Constituyen otra modalidad de subvención y consisten en una ayuda económica entregada generalmente en forma periódica, que se otorga a personas para que realicen estudios e investigaciones. Aunque el dispositivo bajo examen no dice nada al respecto, normalmente en el otorgamiento de becas opera la denominada "acción concertada", pues en orden a las previsiones del correspondiente Reglamento, se suele suscribir un contrato en el cual se especifican las obligaciones del becado, las potestades de la Administración concedente, así como las indemnizaciones y sanciones administrativas, si resultaran procedentes. Obviamente, las sanciones obedeciendo al principio constitucional de legalidad de las penas, deben estar previstas en una norma de rango legal.

Al respecto cabe precisar que el artículo 56 de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, contempla una sanción pecuniaria

que va de diez (10) a cincuenta mil (50.000) unidades tributarias, para aquellas personas que habiendo obtenido recursos por vía de subvención del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (FONACIT) para el desarrollo de alguna actividad científica, tecnológica o de innovación, incumplieren las obligaciones previstas en los Reglamentos correspondientes. Además no les serán otorgados nuevos recursos durante un lapso de dos a cinco años. Pareciera que el citado dispositivo podría resultar aplicable a los particulares a los que se les otorgue una beca para realizar investigaciones o estudios de cuarto nivel, e incumplieren con las previsiones reglamentarias, porque al fin y al cabo las becas son subvenciones, y el dinero para pagar su importe forma parte de recursos provenientes, en este supuesto, del FONACIT.

13.9.4.2. **Las exenciones fiscales**. Son aquellas medidas mediante las cuales la Administración dispensa a la empresa o actividad promocionada del pago total o parcial de los impuestos correspondientes. Para que proceda esta clase de incentivos fiscales es necesario que estén expresamente contemplados en una norma de rango legal (reserva de ley), pues así lo establece el artículo 317 constitucional, que al respecto dispone "No podrán cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que no estén establecidos en la ley, **ni concederse exenciones o rebajas ni otras formas de incentivos fiscales**, sino en los casos previstos por las leyes…". Precisamente una previsión de esa naturaleza está contenida en el artículo 14 del Decreto Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, el cual estatuye que el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Finanzas, podrá otorgar **tratamiento fiscal preferencial** a las ganancias de capital obtenidas en proyectos de inversión entre industrias nacionales y extranjeras que contemplen la compra de bienes, o que generen inversiones conjuntas con la pequeña y mediana industria.

Por otro lado, el primer aparte de ese mismo artículo delinea más claramente la figura de las exenciones fiscales, al conferirle la competencia al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, para

exonerar total o parcialmente el pago de tributos por parte de la pequeña y mediana industria, con fines de su fomento, promoción y desarrollo. Una norma similar está contenida en el artículo 33 de la LOCTI, pues también faculta al Presidente de la República para establecer **exoneraciones totales o parciales**, al pago del Impuesto del Valor Agregado, el Impuesto de Importación y la tasa por servicios aduaneros, en los casos de importaciones de bienes y servicios referidas a actividades enmarcadas en el Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Debemos destacar que si bien las exenciones fiscales no implican un gasto público, como las subvenciones y las otras técnicas económicas de fomento; en cambio sí deben reputarse como una disminución en los ingresos públicos, y aunque las leyes examinadas no traigan previsiones expresas sobre las obligaciones que adquieren los beneficiados por esas exenciones, cabe presumir que por vía reglamentaria, e inclusive mediante la acción concertada a través del convenio, las mismas deben ser estipuladas claramente, así como las potestades de la Administración que concede la exención.

Desde luego, que en esas disposiciones se puede establecer que en caso de incumplimiento del particular, o inclusive en caso de que sobrevenga una situación que sea contraria a la ejecución del plan en el cual se inscriben estas ayudas, la suspensión y hasta la revocación en forma definitiva de la exención, en ciertas hipótesis con la imposición de la cancelación de los tributos originalmente exonerados, pues importa destacar en definitiva que con el otorgamiento de estos incentivos fiscales la Administración realiza un sacrificio económico para lograr la tutela de un interés público, pero si esa finalidad no se logra debido a causas imputables al beneficiario, resulta congruente con el principio de preservación de los bienes e ingresos públicos, que éste reintegre al patrimonio público los recursos indebidamente utilizados o apropiados, derivados de las aludidas exenciones fiscales.

13.9.4.3. **El financiamiento preferencial (los créditos).** Esta forma de ayuda adopta diversas modalidades, siendo la más importante la correspondiente a los créditos, pero también se instrumenta mediante las garantías y avales, e igualmente a través del financiamiento de estudios destinados a identificar determinadas necesidades de un sector. Por supuesto, que un crédito de esta naturaleza se inscribe dentro del concepto de actividad económica de fomento, independientemente de que sea otorgado al particular por un ente financiero público o privado, cuando está destinado a estimular determinadas actividades vinculadas a la tutela de un interés público, pero fundamentalmente porque tiene un carácter preferencial derivado, bien de las facilidades para obtenerlo (menor exigencia en las garantías), bien porque los intereses son más bajos que los del mercado, bien porque el lapso para pagarlo es mayor que el fijado normalmente.

En ese orden de razonamiento es preciso advertir que no tiene carácter de crédito en los términos explicitados en este acápite, aquel otorgado por la Administración, pero que no genera intereses, tal como el denominado "crédito sin intereses", previsto en el artículo 15, numeral 4, de la Ley de Creación, Estímulo, Promoción y Desarrollo del Sistema Microfinanciero, pues en esa hipótesis pese a la aludida denominación legal, estamos en presencia de una subvención encubierta, a la cual lógicamente resulta aplicable el régimen jurídico de ésta, y no el de los créditos preferenciales.

El Decreto Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana industria se refiere, en principio, a los programas de financiamiento preferencial en su artículo 14, pero en los artículos 15 y 16 precisa las modalidades que éstos deben adoptar, o sea, que las tipifica. En tal sentido, el primer dispositivo pauta que el Banco Industrial de Venezuela podrá recurrir a la reestructuración de deudas y al otorgamiento de créditos directos al capital de trabajo y la expansión de planta productiva; y el segundo contiene una disposición similar pero dirigida al Fondo de Crédito Industrial, ente al que corresponde implementar

programas de créditos directos a la Pequeña y Mediana Industria para el financiamiento preferencial de capital de trabajo y expansión de plantas productivas.

En definitiva, la modalidad más utilizada por el legislador en el marco de las actividades de fomento relativas al financiamiento preferencial, son los créditos. Por tal razón es necesario reiterar que ellos de todas maneras comportan un sacrificio para las finanzas públicas, derivado precisamente del aludido carácter **preferencial**, pero que tal sacrificio no es igual al originado con las subvenciones, dado que éstas son a fondo perdido, y aquéllos requieren que el prestatario favorecido cumpla con el pago de menores intereses, o el pago en mayor número de cuotas, pero pago al fin. Por supuesto, que a este tipo de técnicas económicas de fomento se le aplican, las disposiciones o principios relativos a la denominada "acción concertada", en virtud de que todas las obligaciones y cargas del perceptor suelen estar recogidas en forma muy puntual y particularizada en los correspondientes contratos o convenios, máxime si se tiene en cuenta que todas estas acciones de la Administración deben estar encuadradas en el plan elaborado a tal fin.

Como dentro de las técnicas de fomento, los créditos resultan los más utilizados en Venezuela, y como la experiencia demuestra que durante mucho tiempo su otorgamiento estuvo signado por claros síntomas de corrupción y clientelismo político y económico, baste recordar al respecto a la famosa Corporación Venezolana de Fomento, se impone hoy con mayor razón la elaboración de un marco jurídico general sobre la actividad de fomento de la Administración, en el cual queden establecidas casi en forma agotadora todas y cada una de las reglas de procedencia del otorgamiento de este tipo de ayudas, así como las causales de suspensión y terminación, y de ser posible la tipificación de las causas de sanciones administrativas y civiles.

Claro está que el tenor de esa regulación dependerá en todo caso de la opción de política económica que se escoja, pues el análisis del

artículo 15 de la Ley de Creación, Estímulo, Promoción y Desarrollo del Sistema Microfinanciero, evidencia a las claras que más que créditos, aparte de aquellos que no devengan intereses, son casi liberalidades más que subvenciones, los que se otorgan a los "clientes", ya que así se desprende de los requisitos que se exigen a éstos, tales como "el conocimiento de la persona, la voluntad moral para honrar sus obligaciones, su unidad económico-familiar, el entorno social, etc.". No se requiere ser un experto en economía para presumir que los créditos otorgados sobre la base de la exigencia de esos "requisitos", tendrán un porcentaje de retorno mínimo; de allí que resulte dudoso calificar, en estricto rigor conceptual, esa actividad crediticia, como de fomento.

13.9.4.4. **Las técnicas jurídicas de fomento**. Aunque coincidimos con la doctrina en el sentido de que estas técnicas prácticamente resultan actualmente inexistentes, observamos que las medidas de fomento previstas en el artículo 10 del Decreto Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, pudieren encuadrar dentro de las aludidas **técnicas jurídicas**, que son aquellas que otorgan una ventaja mediante el conferimiento de un "privilegio jurídico" a la empresa o particular favorecido. Dicho artículo otorga márgenes de preferencia en la participación de la pequeña y mediana industria en los programas de compras de bienes que realizan la Administración Central y Descentralizada, de tal manera que corresponderá a la Administración establecer ese margen de preferencia porcentual en las compras, tomando en cuenta para su determinación las siguientes variables: los porcentajes de materia prima nacional, la incorporación de recursos humanos nacionales y de tecnologías en la elaboración del bien. Ese margen debe ser mayor, si la pequeña y mediana industria se encuentra domiciliada en la región de la licitación, o se asocia bajo cualquiera de las modalidades de asociatividad empresarial avaladas por el Instituto Nacional de Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, o establece alianzas estratégicas con otras industrias de la región, fomentando así el desarrollo regional.

El examen de la norma permite concluir que su "ratio" se orienta hacia la adopción de una medida de fomento por la Administración, la cual no implica ni un gasto, ni una disminución de los ingresos públicos, razón por la cual no puede ser ubicada en la categoría de las técnicas económicas, pero sí la configuración de un privilegio, sobre la base de la derogación parcial del principio de igualdad, que se traduce en otorgarle un trato preferencial a la pequeña y mediana industria en el programa de compra de bienes ejecutado por la Administración Central y Descentralizada; de allí entonces que su ubicación esté en las denominadas "técnicas jurídicas de fomento", examinadas anteriormente.

13.9.5. **A manera de conclusión sucinta**. Después de haber examinado sucintamente la normativa dispersa y aislada que actualmente rige la actividad de fomento de la Administración Pública en Venezuela, sabiendo a ciencia cierta que este tipo de actividad es de antigua data, al punto que en 1863 fue creado el extinto **Ministerio de Fomento** (el quinto en el orden de creación), y que a partir de la creación de la también extinta **Corporación Venezolana de Fomento** después de 1958, se incrementó el otorgamiento de ayudas a particulares para desarrollar actividades económicas, bien mediante créditos preferenciales o subvenciones, proceso que muchas veces estuvo signado por la corrupción y el clientelismo político y económico, pues en no pocos casos la utilización de esas ayudas se desvió de su finalidad formal, además el porcentaje de retorno de esos créditos fue bastante reducido. Inclusive, hasta llegaron a dictarse leyes de condonación de deudas, para liberar formalmente a los "ayudados", los cuales, por cierto la más de las veces, eran empresas o empresarios destacados. En fin, podría decirse que hasta el año 1999 no existía una correlación positiva entre los recursos públicos en actividad de fomento, y los resultados obtenidos.

Pero ubiquémonos en la época actual, en la cual está vigente una Constitución que como vimos privilegia la adopción de medidas de fomento por parte de los Poderes Públicos, y además han sido

promulgadas varias leyes para el desarrollo de los respectivos preceptos constitucionales, todas ellas del mismo corte de las anteriores, en virtud de que permiten la transferencia de los recursos públicos, a título gratuito u otorgando créditos preferenciales, los cuales proceden lógicamente de los impuestos, cada vez mayores, pagados por los ciudadanos, en idénticas condiciones que en la época anterior, esto es, sin reglas claras que disciplinen la potestad de la Administración para dictar medidas de fomento, y que tiendan a garantizar que esas medidas cumplan su cometido en el marco la planificación económica. Por lo demás, una actividad pública de esa clase (transferencia de fondos públicos) realizada en esos términos, sin dudas estará signada en mayor o menor grado por el fraude, la corrupción y el clientelismo político.

Cabe advertir que estos vicios asociados al manejo de las ayudas económicas no son particulares de Venezuela, pues ocurre en casi todos los países, inclusive un ejemplo emblemático del mismo fue lo ocurrido en la Unión Europea con las ayudas contempladas en el Estatuto de la CE. Planteada así la situación, pareciera que la solución más fácil sería eliminar del ordenamiento jurídico a la actividad de fomento, pero lamentablemente en un mundo donde predomina el principio del libre mercado, dicha actividad se revela cada día más útil para intentar corregir los fallos de ese libre mercado. Además en nuestros países resulta indispensable para que el Estado pueda incidir por vía indirecta en sectores como el social (vivienda y educación) económico (pequeña y mediana industria), cultural (ciencia, tecnología) ambiental, etc., los cuales muchas veces por ser poco rentables son olvidados por el “libre mercado”.

No pudiendo “vender el diván”, se impone encarar el problema en forma realista, para lo cual resulta no sólo imperativo sino urgente la elaboración de un marco normativo general, con la participación de los sectores interesados de la sociedad civil, que contenga reglas claras que comiencen por seleccionar los sectores prioritarios sobre los cuales deberá recaer, desde luego, en el marco del correspondiente Plan

Económico Nacional, la acción de fomento del Estado, y por excluir hasta donde sea realmente posible de esta actividad, a la política partidista, pudiendo para ello crear especies de comités independientes, formados por funcionarios públicos y particulares interesados debidamente formados profesionalmente, que se encarguen de otorgar las diversas ayudas económicas.

Por supuesto que esa normativa general deberá estar constituida por un conjunto de disposiciones que tiendan a garantizar, en primer lugar, la relación de causalidad entre la ayuda y la actividad desarrollada por el particular; en segundo lugar, la eficiencia y eficacia en el manejo de la ayuda otorgada a los particulares, privilegiando aquellas que impliquen riesgos compartidos (créditos preferenciales), sobre las subvenciones; en tercer lugar, el pleno respeto a los principios de legalidad, igualdad y libre concurrencia; en cuarto lugar, la configuración de las potestades administrativas hasta donde sea posible en forma acentuadamente reglada, con la finalidad de suprimir al máximo la discrecionalidad; en quinto lugar, el control que debe ejercer permanentemente la Administración concedente sobre la actividad o empresa promocionada; en sexto lugar, el establecimiento de un régimen de obligaciones y cargas para el perceptor de la ayuda, y correlativamente un conjunto de potestades para la Administración concedente; en séptimo lugar, el establecimiento de las causales de revocación de la medida, con el correspondiente reintegro de las sumas recibidas; en octavo lugar, la tipificación de un conjunto de causales que dé lugar a la imposición de sanciones administrativas a los particulares por el incumplimiento y el fraude en la obtención de las ayudas, así como cualquier otra que apunte en la dirección antes indicada.

BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO ORTIZ, GASPAR. ***Principios de Derecho Público Económico***. Comares. Granada. 2001.

BAENA DEL ALCÁZAR, MARIANO. "Sobre el concepto de Fomento". ***En RAP N° 54***. Madrid, 1967

BELLIDO MARÍA, BLASCO JOSÉ Y OTROS. ***Derecho Administrativo II. Parte Especial***. Universitas. Madrid, 1998.

DE LA CUETARA, JUAN. ***La Actividad de la Administración***. Tecnos. Madrid, 1983.

CERULLI, VINCENZO. ***Corso di Diritto Amministrativo***. Giapichelli. Torino, 1997.

DROMI, ROBERTO. ***Derecho Administrativo***. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1996

FERNÁNDEZ FARRERES, G.., ***La Subvención, Concepto y Régimen Jurídico***. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1983.

GARRIDO FALLA, FERNANDO. ***Tratado de Derecho Administrativo II***. Tecnos. Madrid, 1989.

GIUSTI, MAURO. ***Diritto Pubblico della Economia.*** Cedam. Padova, 1997.

JORDANA DE POZAS, L. "Ensayo de una Teoría de Fomento en el Derecho Administrativo. En ***Revista de Estudios Políticos N° 48***. Madrid, 1949.

LARES MARTÍNEZ, ELOY. ***Manual de Derecho Administrativo***. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2001.

MARTÍNEZ LÓPEZ, J. “Subvenciones al ejercicio de Libertades y Derechos Fundamentales en el Estado Social de Derecho: Educación y Sindicatos”. En ***Revista Española de Derecho Administrativo N° 47***. Civitas. Madrid, 1985.

MARTÍN RETORTILLO, SEBASTIÁN. ***Derecho Administrativo Económico I***. La Ley. Madrid, 1988.

MARTÍN RETORTILLO, SEBASTIÁN. “La Actividad Administrativa de Fomento y el Régimen de las Subvenciones Administrativas”. En el Libro ***Las Formas de la Actividad Administrativa***. Funeda, Caracas, 1996.

MEIER, HENRIQUE. “La Constitución Económica”. En ***Revista de Derecho Corporativo. Vol. N° 1.*** Universidad Metropolitana. Caracas, 2001.

MOREL OCAÑA, LUIS. ***Curso de Derecho Administrativo II***. Aranzadi. Pamplona, 1999.

PARADA, RAMÓN. ***Derecho Administrativo I***. Marcial Pons. Madrid, 1997.

PÉREZ ROYO, J. “Estado Social de Derecho”. En el libro ***Temas Básicos de Derecho Constitucional I***. Civitas. Madrid. 2001.

PERICU, G., ***La sovenzione como strumento de azione administrativa***. Giuffré. Milano, 1967.

SANTAMARÏA PASTOR, JUAN. ***Principios de Derecho Administrativo II***. Centros de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1999.

VILLAR EZCURRA, JOSÉ. ***Derecho Administrativo Especial***. Civitas. Madrid, 1999.

VILLAR PALASI, JOSÉ. “Las Técnicas Administrativas de Fomento y de Apoyo al Precio Político”. **En RAP N° 14**. Madrid, 1954

CAPÍTULO XIV

LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE SERVICIO PÚBLICO

14.1. **Premisa introductoria (las dificultades para darle un tratamiento sistemático al tema)**. Pese a que el examen sucinto de la historia evidencia que durante el último tercio del siglo XIX y los primeros veinte años del siglo XX, debido a la influencia de la doctrina francesa, el servicio público constituyó la variable fundamental sobre la cual se construyó el concepto de Derecho Administrativo, en la actualidad existe consenso doctrinario acerca de la casi imposibilidad de lograr formular una definición unívoca acerca del mismo. En ese orden de ideas, es necesario subrayar que el problema no es nuevo, ni tampoco es producto del proceso de "liberalización" de ese sector, iniciado en casi todos los países del mundo, el cual ha originado una noción denominada "moderna" de servicio público. En efecto, el primer elemento que atenta contra una concepción unívoca de servicio público radica en su relatividad, pues es lógico imaginarse que la declaración formal "publicatio" por una disposición legal de un determinado sector de actividades, como servicio público, dependerá de los criterios históricos, políticos y sociales que priven en cada Estado en determinada época, de tal manera que resulta perfectamente posible que una

actividad conceptuada legalmente como servicio público en un país, no reciba esa misma calificación en otro Estado.

En ese orden de ideas, por ejemplo en un país, se puede considerar al transporte aéreo servicio público y en otro no. Así mismo, no cabe duda que incide en esa relatividad el desarrollo científico y tecnológico, que conduce a que actividades concebidas tradicionalmente como servicios públicos, verbigracia el alumbrado público mediante gas, dejen de serlo debido a su sustitución por una forma de energía moderna, como la electricidad. Igualmente ha atentado contra la búsqueda de un concepto unívoco, la discusión no terminada aún, acerca del predominio del sentido subjetivo u objetivo, y sobre todo la dificultad para llegar a acuerdos sobre el o los indicadores que permiten elaborar una concepción objetiva del servicio. A todo lo anterior se agrega que si bien es cierto que en la mayoría de las naciones se ha impuesto la tendencia a la "liberalización", y en consecuencia a la "despublicatio" de estos servicios, todavía ellos cabalgan entre el concepto clásico y el moderno, quizás debido a las matizaciones que se adoptan en los instrumentos normativos con la finalidad de consagrar la aludida "despublicatio", suscitándose por ese motivo no pocos problemas interpretativos.

En Venezuela las indicadas dificultades se acrecientan debido a la casi inexistencia de planteamientos doctrinarios que aborden el estudio de los servicios públicos, partiendo de la formulación de una concepción general, que abarque fundamentalmente su definición doctrinal, y de ser posible normativa, su régimen jurídico y, por tanto, su evolución. Aunque ha de reconocerse que en los últimos tiempos han sido publicados algunos (pocos) estudios monográficos destinados a examinar el régimen jurídico de servicios específicos, como el gas y las telecomunicaciones, los cuales debido a su especificidad no llegan a abarcar la mencionada concepción general.

Por otra parte, ni la Constitución de 1961 contenía, ni tampoco la de 1999 contiene disposiciones expresas que tracen o permitan trazar

unos lineamientos generales sobre los servicios públicos, que insistimos en el Derecho Administrativo del siglo XXI constituye un tema capital, pues el texto fundamental de 1999 se limita a realizar meras referencias, en forma coyuntural, a ciertas actividades, calificándolas como tales servicios públicos.

Frente a estas inocultables dificultades para abordar el tema, intentaremos realizar un esfuerzo esencialmente didáctico, con la intención de presentar a los lectores a quienes va dirigido el Manual, una versión del mismo en la forma más sencilla que podamos, sin sacrificar el aspecto técnico jurídico, pero también lo más completa que resulte posible. Para ello, como siempre lo hemos hecho, partiremos del examen de la concepción general explanada esencialmente en la doctrina extranjera y en el Derecho Comparado, y posteriormente sobre la base del marco teórico derivado de dicho examen, analizaremos los servicios públicos en Venezuela.

14.2. **Los servicios públicos en el marco de las actividades de la Administración Pública**. Como es bien sabido, la actuación o la actividad de la Administración está en función de los fines del Estado, los cuales se traducen operacionalmente en la tutela, impuesta por la Ley, de determinados intereses públicos, los cuales pueden estar referidos a todos los ciudadanos, como en el caso de la seguridad ciudadana o la protección del ambiente, o a un grupo significativo de los mismos, como por ejemplo los niños, los enfermos de sida, etc. El diseño legislativo en los términos expuestos, obedece a la "funcionalización" de la actividad de los órganos administrativos, puesto que éstos la desarrollan con la finalidad de cuidar o tutelar intereses ajenos relevantes (de los ciudadanos, de los niños, etc.), mediante determinados procedimientos, y sujeta a ciertos controles; de allí que entonces en ese supuesto se hable de "función administrativa". Ahora bien, es posible hablar de una actividad administrativa en sentido amplio, que comprenda en términos de la doctrina alemana la administración de intervención, en virtud de que comporta la restricción de las situaciones subjetivas de

los ciudadanos, y la administración de prestación, que consiste en la erogación de servicios por parte de los órganos administrativos.

Sin embargo, es necesario destacar que la doctrina italiana se ha encargado de precisar que la actividad administrativa funcionalizada en sentido técnico jurídico (función administrativa), está reducida a aquella típica de la Administración Pública, caracterizada por ser unilateral o autoritaria, en el sentido de que en el marco del ordenamiento de la Ley puede limitar los derechos subjetivos de los ciudadanos, y por tal razón se expresa esencialmente en los denominados actos o proveimientos administrativos (destitución de un funcionario, otorgamiento de licencia, de subvención, etc.), así como también en actividades u operaciones materiales. Esta precisión doctrinaria ha servido para establecer una clara diferencia con la actividad administrativa de servicio público, en la cual por tratarse de la emanación de una prestación, están totalmente ausentes los poderes autoritarios y unilaterales sobre la base de los cuales, como expresamos antes, la Administración Pública realiza su actividad típica (función administrativa).

Debe quedar claro entonces que el servicio público es una de las formas de la actividad desplegada por la Administración Pública, distinta –insistimos– de la función administrativa, la cual debido a la mutabilidad de los fines del Estado, cada día, bajo el modelo clásico o nuevo, encuentra mayor desarrollo, al punto que una parte de la doctrina ha sostenido que debe hablarse de la Administración como "autoridad" y de la Administración como "servicio". Es necesario subrayar que independientemente de la forma que revista la actividad administrativa (policía, fomento, servicio público), la realización de la misma implica admitir en cualquier ordenamiento jurídico la existencia de legítimos títulos de intervención, por parte de la Administración Pública, sobre la actividad de los ciudadanos, basados en la tutela del interés general en los términos contemplados en la Constitución y la Ley. Precisamente, esa variable constituye uno de los elementos fundamentales del régimen jurídico de los servicios públicos, que a continuación pasamos a examinar.

14.3. **Breve perfil histórico de los servicios públicos**. Cabe señalar que el intento de ubicar la noción sociológica o política de servicio público, conduce a la época en que se produce el tránsito del Estado Absoluto al Estado de Derecho, pues como sostiene MEILAN (1968) "El servicio público sucede al servicio del Rey, porque se ha operado una sustitución en la titularidad de la ciudadanía", posición que puede inferirse de la tesis de Rousseau, cuando plantea que la expresión servicio público aparece referida a todas aquellas materias que constituían asuntos colectivos. Ahora bien, es necesario señalar que se trataba de una noción más política que jurídica, dado que la acotación a las funciones mínimas (seguridad y orden público, defensa de las fronteras y construcción de algunas obras públicas) de la Administración Pública, predicada e impuesta por los líderes triunfantes de la Revolución (liberalismo), no propiciaba la creación de servicios públicos por el Estado.

Como consecuencia de la revolución industrial van a surgir servicios públicos como el ferrocarril, la electricidad, el teléfono, etc., lo que obliga al replanteamiento del concepto desde la perspectiva jurídica, produciéndose de esa manera una aproximación a lo que posteriormente se conocerá como la noción de "publicatio", básica en la construcción del concepto de servicio público, esto es, la calificación como tal por una ley, que va a comportar una reserva de las actividades correspondientes para el Estado, y la absoluta exclusión de las mismas de la esfera de los privados (monopolio estatal de la titularidad y de la gestión). Narran los autores (ARIÑO, 2001, VILLAR EZCURRA, 1999), que en un primer momento en el caso del ferrocarril se justificaba la aludida declaración debido a que implicaba el uso de bienes demaniales (del dominio público). Posteriormente, después de las Guerras Mundiales se impone la tesis de la "publificación" de las actividades de servicio público, lo que implica la mayoría de las veces la titularidad y la gestión monopólica de los mismos, o sea, la exclusión de los privados, y en algunos casos, la gestión indirecta mediante el mecanismo de la denominada concesión administrativa.

Pero el hito más importante en la evolución de los servicios públicos desde el punto de vista jurídico, que es el que nos interesa, está constituido por la famosa sentencia dictada por el Tribunal de Conflictos de Francia el 8 de febrero de 1873 denominada "Arret Blanc" . Dicho fallo es proferido con ocasión de la demanda interpuesta por el Padre de la niña Agnes Blanco, que había sido golpeada por un pequeño carro de tabacos, conducido por cuatro trabajadores de la fábrica estatal de tabacos. La demanda fue interpuesta contra los cuatro trabajadores y contra el Estado, fundamentada en los artículos 1832 y 1833 del Código Civil, ante el Tribunal Civil de Burdeos.

El representante del Estado impugnó la competencia del referido Tribunal y planteó el conflicto, el cual fue conocido por el Tribunal de Conflictos, órgano éste que acogió la tesis concerniente a la incompetencia del Tribunal Civil, afirmando el principio de la responsabilidad del Estado, a causa de los daños causados a los particulares por las personas que emplea en sus distintos servicios públicos, pero al mismo tiempo declara que dicha responsabilidad no es general ni absoluta, y que posee sus reglas específicas, para cuya aplicación es competente la jurisdicción contencioso administrativa.

Aparte de la importancia del fallo en la consolidación de la autonomía del Derecho Administrativo, por lo que en esta parte interesa, cabe destacar que en el mismo se establece por primera vez una relación directa entre la aplicación del derecho administrativo, **el servicio público** y la jurisdicción administrativa. O sea, que se consagró jurisprudencialmente el servicio público como el concepto delimitador de la competencia de la referida jurisdicción, en virtud de que quedó asentado que toda causa relativa a los **servicios públicos** debía ser resuelta por la jurisdicción administrativa (Consejo de Estado).

La referida sentencia jugó un papel muy importante en la construcción del concepto de servicio público por la doctrina francesa, al punto que dos grandes maestros del Derecho Público, Hauriou y

Duguit, asumen posturas doctrinarias en la referida construcción, pero sobre todo el último de los nombrados, plantea la tesis de la transformación de la soberanía en servicio público, definiéndolo como "toda actividad cuyo cumplimiento deben respetar, asegurar y fiscalizar los gobernantes, por ser indispensable a la realización y desenvolvimiento de la interdependencia social y de tal naturaleza que no puede ser asegurado más que por la intervención de la fuerza gobernante". En la tesis de Duguit, según MOLES (1992), "el servicio público responde a una concepción sociológica con derivaciones jurídicas".

Pero la parte más importante que debe destacarse de esta posición doctrinaria francesa, fue que redujo toda la actuación administrativa a servicio público. En otras palabras, para Duguit el único contenido de la función administrativa era el servicio público. También es necesario resaltar que la mencionada tesis trascendió más allá de las fronteras del mencionado país y fue aceptada, por ejemplo, por una parte significativa de la doctrina italiana y española. Por último, cabe señalar que la tesis francesa tuvo un predominio de casi cincuenta años, y que entró en crisis casi terminal al finalizar la Segunda Guerra Mundial, cuando se produjo el proceso de nacionalizaciones en el referido país, y el consiguiente crecimiento de los denominados establecimientos públicos comerciales e industriales.

Redimensionada la tesis del servicio público francés, y examinada la doctrina de otros países de Europa Occidental a partir del año 1945, es posible esbozar los lineamientos generales sobre el servicio público clásico o tradicional, el cual perdió mucha fuerza a partir de los años 90 del siglo pasado, sobre todo en Europa, cuando se inicia y cobra un inusitado empuje el proceso de liberalización de muchas de las actividades que hasta entonces aparecían conceptuadas como de servicio público, pero aún se mantiene –el concepto clásico– en varios sectores, y en otros países fuera del continente europeo en casi todos los sectores. Por consiguiente, en primer lugar, examinaremos el concepto tradicional de servicio público; y en segundo lugar, el concepto que nace del proceso de liberalización.

14.4. **Hacia una definición de servicio público**. Un sector de la doctrina ha sostenido que en virtud de la cantidad de circunstancias que atentan contra la construcción de un concepto unívoco y omnicompresivo de servicio público, suele ocurrir que existan casi tantas definiciones como autores. Sin embargo, si bien esa dificultad es innegable, también es cierto que desde el siglo XIX cuando comienza la discusión jurídica en torno a este tema, siempre ha existido consenso acerca de unos elementos mínimos o comunes que deben estar presentes en toda definición de servicio público. Es cierto que esa opción no resuelve el fondo del problema, porque éste se traslada a la escogencia de dichos elementos, los cuales varían en función de los diversos criterios doctrinarios. No obstante, el examen de la literatura demuestra que algunos de ellos son ciertamente comunes, o por lo menos predomina una tendencia mayoritaria que los erige en constitutivos de una definición de servicio público, que en todo caso tiene un carácter meramente descriptivo.

El problema se torna más complejo si se toma en cuenta que los ordenamientos se abstienen de definir a los servicios públicos, pero sobre todo porque los dispositivos que suelen referirse a estos servicios le dan una connotación amplia, en el sentido de considerar como tal toda actividad realizada por la Administración. Por tanto, intentaremos, en primer lugar, adscribirnos a una definición esencialmente descriptiva, que nos permita examinar cada uno de sus elementos constitutivos, y en segundo lugar, que esa definición tenga un sentido restringido, o sea, que excluya la equivalencia entre toda actividad de la Administración y servicio público.

Conforme a la anterior orientación didáctica, el servicio público puede ser definido como la actividad administrativa de naturaleza prestacional destinada a satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua, previamente calificada como tal, por un instrumento legal, realizada directa o indirectamente por la Administración Pública, y por tanto, sujeta a un régimen de derecho público. Insistimos en que se

trata de un ensayo de definición en sentido restringido en los términos antes expuestos. Pasamos de seguidas a examinar cada uno de los elementos de la definición.

14.4.1. **Actividad prestacional**. El núcleo central de esta forma de actividad administrativa consiste en la erogación de una prestación, es decir, de un “fare” por parte de la Administración o del concesionario, de tal manera que la necesidad pública se satisface con una actividad, la más de las veces material, verbigracia prestaciones sanitarias o educacionales, etc. Por supuesto, que la prestación positiva resulta un elemento de la definición en el concepto clásico o tradicional de servicio público, es decir, aquel en que la titularidad y la gestión, o sólo la titularidad, corresponden a la Administración Pública. En cambio, no constituye un elemento constitutivo del concepto moderno, originado en el proceso de liberalización de estas actividades, cuya realización pasa a estar presidida por el principio de la libre competencia, y el título de intervención de la Administración consiste en la ordenación y regulación de dichas actividades, con la finalidad de garantizar que el servicio se cumpla, dado que necesariamente subsiste su elemento teleológico, como es la satisfacción de necesidades colectivas. De modo, pues, que la erogación de una prestación material positiva, generalmente “uti singuli”, por cuanto está destinada a personas determinadas, sea un elemento del concepto de servicio público tradicional, en cambio no lo es del concepto surgido del proceso de liberalización.

14.4.2. **Satisfacción de necesidades colectivas (vinculación al principio de la universalidad del servicio)**. Sin dudas que la idea que subyace a la concepción de servicio público desde su formulación original, reposa en la satisfacción de necesidades colectivas en un determinado momento histórico, ya que en todo caso cualquiera que sea la modalidad de la intervención de la Administración Pública a los fines de la prestación, o de la garantía de la prestación del servicio, obedece al deber de tutelar el interés público establecido por la Ley.

Inclusive se ha llegado a afirmar en Italia que la satisfacción de esas exigencias sociales (necesidades) está conectada con un adecuado desarrollo de la persona humana. En tal sentido sostiene D' AGOSTINO (2000) que "el servicio público permite a la generalidad de los administrados usufructuar de prestaciones capaces de reducir obstáculos de orden económico y social que, de otra manera, limitarían la plena realización de la persona. A falta de servicio público, se configurarían condiciones de odiosa disparidad para disfrutar de las fuentes de energía, de transportes, de comunicaciones, de asistencia sanitaria, etc.".

Este elemento guarda relación con una noción reciente relativa a la universalidad del servicio, o mejor del servicio público universal. La universalidad, aunque quizás anteriormente la doctrina no la considerara como una variable básica en la definición del servicio público, ello no puede conducir a predicar su inexistencia, pues no cabe duda que forma parte de la noción bajo estudio, en razón de que la Administración Pública no lograría la tutela de determinado interés público, verbigracia protección de la salud, o la prestación del servicio de telecomunicaciones, si no consigue que la erogación de las correspondientes prestaciones se produzca bajo determinados estándares de calidad y cantidad, sin que para ello constituya un obstáculo la no rentabilidad de dichos servicios, o mejor dicho el lucro.

Cuando los servicios los presta el Estado, bien mediante los órganos administrativos o empresas públicas, la universalidad es erigida, por obra de la Ley, en una de las notas esenciales de dicha prestación. En el caso de que se recurra a la figura de la concesión administrativa, entonces por vía contractual la Administración está obligada a lograr los señalados estándares de calidad y cantidad, así como también la extensión a determinadas poblaciones, aun cuando ello –como expresamos antes– no resulte rentable. Corresponderá a la Administración por la señalada vía contractual, compensar en esos casos a los concesionarios, por la modalidad de las subvenciones, o el manejo diferenciado de las tarifas.

Por supuesto, que cuando enunciamos que la universalidad alude a la exigencia de estándares de calidad y cantidad, así como la extensión de la prestación a toda la población, independientemente de su ubicación geográfica, debe entenderse que en la mayoría de los casos se trata de los elementos esenciales, verbigracia telefonía básica, transporte aéreo nacional, etc. Ahora bien, esta idea de universalidad implícita en la satisfacción de las necesidades colectivas, ha sido tomada muy en cuenta en aquellos países donde se ha impuesto el proceso de liberalización de los servicios públicos, lo que ha dado lugar a que su prestación se realice en la mayoría de los casos en un régimen de competencia.

En ese orden de ideas, cabe señalar que la normativa comunitaria europea, teniendo en cuenta esa noción de universalidad, crea el denominado **servicio público universal**, que obedece a los mismos lineamientos anteriormente expuestos, pero en virtud de que la aludida liberalización comporta la "despublicatio", la metodología seguida para la imposición de este tipo de servicio, es la de establecer mediante las respectivas leyes ordenadoras y reguladoras, las denominadas obligaciones de servicio público a determinados gestores u operadores, generalmente a los que ocupan una posición de dominio, quienes son los encargados de llevar a la práctica este tipo de servicio, que insistimos en términos generales no resulta rentable. Hay que destacar que dichas leyes establecen que los costos concernientes a la prestación de ese tipo de servicios se distribuyan entre todos los operadores que existen en el mercado, para lo cual se suelen crear ciertos fondos de manera coactiva, fijando un determinado porcentaje que debe aportar cada gestor. Luego, de esos fondos salen los recursos para financiar el servicio.

En definitiva, tanto en el modelo clásico de servicio público, como en el basado en la liberalización, aparece implícita la nota de la universalidad en el requerimiento de que la prestación satisfaga necesidades colectivas, o el denominado servicio público universal. Demás

está advertir que dicha nota conduce a que los servicios públicos jueguen un papel relevante en la dignidad de las personas y en el desarrollo de su personalidad, pues la carencia de servicios esenciales como educación, salud, electricidad, etc., en los términos indicados, darían lugar a las odiosas discriminaciones señaladas por la doctrina italiana; y por otra parte, atentaría contra el desarrollo económico de determinadas zonas, acrecentando de esa manera los desequilibrios territoriales. Reiteramos que esa es la tendencia derivada de las normativas comunitarias europeas y de las propias leyes dictadas por los Estados que integran la Unión Europea, verbigracia en España la Ley del Sector Eléctrico (art. 45), la Ley del Servicio Postal (art. 15) y la Ley General de Telecomunicaciones (art. 37), en los cuales se consagra la cobertura universal del servicio.

Es necesario reiterar que la satisfacción de necesidades colectivas constituye el núcleo del concepto de servicio público, y que ello no contradice, como puede parecer a primera vista, la idea también involucrada en dicho concepto, de la necesidad de la erogación de una prestación "uti singoli" y no "uti universi", es decir, a sujetos concretos y determinados, debido a que esa prestación individualizada, repercute en la tutela de un interés general o satisfacción de una necesidad colectiva, pues es obvio que cuando el Estado, por ejemplo, eroga prestaciones sanitarias a un ciudadano, satisface una necesidad colectiva, como lo es la protección de la salud, y así ocurre con cualquier prestación de esa naturaleza; de allí pues, que la prestación "uti singuli" propia del servicio público, se inscriba dentro del elemento nuclear de la definición bajo examen.

14.4.3. **Regularidad y continuidad**. Siendo la finalidad del servicio público la satisfacción de necesidades de la colectividad, satisfacción que resulta indispensable para el normal desarrollo social y económico de esa colectividad, resulta obvio entonces que la regularidad y continuidad deberán acompañar el funcionamiento del servicio, pues es igualmente obvio que su interrupción o suspensión creará

problemas a ese normal desarrollo de la comunidad. En otros términos, la continuidad significa que el servicio debe funcionar regularmente sin interrupción, salvo los casos de fuerza mayor, y por supuesto de circunstancias que originen interrupciones expresamente previstas en la Ley. Por esa razón desde la formulación original del concepto de servicio público, siempre se ha considerado a la continuidad un elemento esencial del mismo.

La vigencia de este principio ha conducido al legislador a establecer en los correspondientes instrumentos normativos algunas reglas que tiendan a su preservación, entre las cuales vale mencionar algunas. Así por ejemplo, en aquellos países en los cuales existe legislación sobre contratos administrativos, se suele establecer el carácter estricto de los plazos impuestos al contratante, inclusive garantizando su cumplimiento con sanciones pecuniarias, y hasta con la rescisión del contrato, en virtud de que la mora puede ocasionar la interrupción o paralización del servicio. Otra regla en esta materia es la consagración de la teoría de la imprevisión que también tiene como finalidad lograr la continuidad del servicio, manteniendo la denominada ecuación económica del contrato, sobre la base de que los gastos imprevistos erogados por el contratante, corran a cargo de la Administración.

Inclusive en algunos países rige una legislación especial en materia de quiebra y atraso, distinta a la contemplada en el Código de Comercio, en lo tocante a servicios públicos, como por ejemplo el transporte ferroviario, e igualmente se tiende a negar la inscripción en el Registro de bienes individuales que forman parte de las compañías creadas por los concesionarios de servicios públicos, permitiéndose en cambio la inscripción del conjunto de todos ellos, por reputarlos como integrantes de una unidad constituida por la concesión administrativa, de tal manera que en caso de embargo lo que se saca a remate es la concesión con todos sus bienes, evitando que la empresa sea desmantelada, y en definitiva la interrupción del servicio.

También existen normas en ese sentido en materia funcionarial, por ejemplo la relativa a la prohibición del funcionario renunciante a abandonar el cargo hasta que la renuncia le sea aceptada, debido a que ello permite al jerarca competente buscar un sustituto, sin que ello incida en la continuidad del servicio. Pero quizás donde tenga mayor incidencia sea sobre el derecho de huelga, en virtud de que tempranamente en los países europeos, se impuso la tendencia jurisprudencial a considerar ilegal la huelga en los servicios públicos, sobre la base de que el ejercicio de ese derecho atentaba contra el principio bajo estudio, y en definitiva contra el derecho de la colectividad a obtener determinadas prestaciones calificadas como imprescindibles (educación, salud, seguridad ciudadana, etc.).

Esta tesis radical ha sido superada, admitiéndose el derecho a huelga pero limitado, a los trabajadores de los servicios públicos, pues su ejercicio queda supeditado a la garantía del funcionamiento o no interrupción de los servicios indispensables, así como el cumplimiento de una serie de requisitos previos a la declaratoria del paro. La admisión del derecho de huelga atemperado o atenuado no hace más que revelar, sin dudas, la importancia de este elemento constitutivo del concepto de servicio público, porque significa la regulación, para preservar el respeto a dicho principio, de un derecho fundamental, como lo es el de huelga.

Por lo demás es necesario advertir que no resulta fácil lograr esa regulación, debido a que en principio en determinados sectores la continuidad o la regularidad es la actividad misma, verbigracia en el sector del transporte, o en el de la telefonía, pues insistimos que en esos casos la continuidad es la disposición del servicio, y en el sector de suministro (agua, luz, gas) es la prestación misma; de allí las dificultades con que tropieza el legislador cuando le corresponde disciplinar el derecho de huelga en los servicios públicos, con la finalidad de preservar la continuidad de los mismos.

El principio de continuidad conduce en los servicios públicos gestionados por concesionarios, en la hipótesis de interrupciones injustificadas, a que la Administración pueda dictar actos sancionatorios contra los administradores del servicio, e inclusive dependiendo de la gravedad de la situación, nada obsta para que sea declarada la caducidad de la concesión.

Muy vinculada con la continuidad está el denominado por la doctrina francesa "principio de adecuación", que obliga a la Administración a seleccionar el modelo de gestión más ajustado a la situación fáctica y a los objetivos perseguidos con el servicio. En otras palabras, dicho principio está en función de la eficiencia y la eficacia que debe caracterizar la prestación del servicio, lo que impone, como dijimos antes, el ajuste organizativo y funcional del mismo, atendiendo a la evolución de las particulares condiciones técnico-económicas que rodean dicha prestación, con la finalidad –insistimos– de mejorar la seguridad, la calidad y reducir el costo. En fin, atendiendo a esas prioridades la Administración puede, desde luego por razones de interés público modificar los términos de la prestación del servicio, o los términos del contrato de concesión. Inclusive el Consejo de Estado Francés ha sostenido atendiendo al sustrato conceptual que los funcionarios públicos no pueden oponerse a los referidos cambios contractuales, siempre que conforme al interés general resulten necesarios, y también que dichos funcionarios no tienen ningún derecho adquirido al mantenimiento de su estatus (Decisión del Consejo de Estado de 2 de marzo de 1988).

Igualmente, existe consenso en que ante las modificaciones de prestación del servicio por parte de la Administración, atendiendo a los objetivos antes indicados, los usuarios del mismo no pueden pretender invocar derecho alguno a que les respeten las condiciones anteriores. Así por ejemplo, si la Administración del Metro decide, desde luego sobre la base de razones justificadas, que en lugar de comenzar a prestar el servicio a las 5AM y terminar a las 11PM, lo hará una hora

después y una hora antes respectivamente, los usuarios carecerán de derecho para reclamar el mantenimiento del referido horario, en virtud de que su situación es de sujeción frente a la Administración, la cual sobre el referido principio de adecuación o mutabilidad del servicio está facultada para modificar las condiciones de prestación del mismo, siempre y cuando esa modificación obedezca a las razones antes enunciadas.

Hay finalmente, que entender que el principio de continuidad en el funcionamiento de los servicios públicos, en algunos casos equivale a permanencia, vale decir, que la prestación debe hacerse durante todas las horas y todos los días del año, salvo fuerza mayor, verbigracia electricidad, teléfono, agua, etc., pero en otros equivale a regularidad, por ejemplo, el servicio de educación, que se presta durante determinados días de la semana durante determinadas horas.

14.4.4. **Calificación legal de la actividad como servicio público ("la publicatio")**. Como ha quedado expresado anteriormente, la actividad administrativa de servicio público constituye un título legitimante de la intervención de la Administración en las actividades de los particulares. Por esa razón una parte de la doctrina (VILLAR EZCURRA, 1999), a pesar de reconocer que no existe una definición omnicomprensiva de servicio público, reclama la necesidad, por motivos de seguridad jurídica, de que para que cualquier sector de actividad pueda revestir la connotación de servicio público, debe ser previamente calificado por una Ley. La exigencia de esa calificación conduce al citado autor a sostener que en esta materia rige el principio de tipicidad, de manera que sólo será servicio público el sector de actividades calificado como tal por una Ley.

Precisamente esa calificación conduce consecuencialmente a la denominada doctrinariamente "publicatio", que consiste en la legitimación para la intervención administrativa en las actividades de los ciudadanos, intervención que en su grado de mayor intensidad implica la

reserva al sector público de un conjunto de actividades, y la exclusión del ámbito de todas esas actividades de la esfera de actuación de los particulares. Es preciso señalar que si bien en un principio la reserva significaba que el Estado detentaba tanto la titularidad como la gestión del servicio, lo que lógicamente conducía a la creación de un monopolio estatal, muy pronto la intensidad de la intervención comenzó a admitir gradaciones. En ese orden de razonamiento, es preciso reseñar que el Estado mantenía la titularidad del servicio, mas no así su gestión, la cual encargaba mediante la figura de la concesión administrativa a los particulares, configurándose de esa manera una reserva sin monopolio. Gradualmente se fue imponiendo esta modalidad de "publicatio" menos intensa, sin que ello signifique la supresión total de la "publicatio" más intensa (monopolio estatal de la titularidad y de la gestión).

Con el proceso de liberalización que comenzó en la Europa comunitaria en la década de los noventa privilegiando la libre competencia, se inicia un período de supresión gradual del proceso de "publificación", y se sustituye por el régimen de ordenación y regulación, creándose mediante Ley –como lo expusimos antes– las denominadas obligaciones de servicio público a los particulares que realizan las actividades liberalizadas.

Cabe destacar que VILLAR EZCURRA (1999) teniendo en cuenta las modulaciones que en los distintos ordenamientos admite la "publicatio", propone la siguiente escala:

"**Publicatio intensa**: En los casos en que se reserva a la Administración pública tanto la titularidad como el ejercicio de una determinada actividad. Se trataría de un escalón en el que podría intervenirse por la vía de la empresa pública como por vía de servicio público.

Publicatio media: En los supuestos en que sólo se reserva a la Administración la titularidad de una determinada actividad pero no así

su ejercicio que puede ser llevado a cabo por los particulares (básicamente mediante concesiones administrativas u otras formas de gestión similares).

Publicatio mínima: En los casos en que sólo se reserva a la Administración la titularidad de una parcela de actividad lo cual se conoce tradicionalmente, como servicios compartidos. En este escalón podrían encuadrarse los servicios sociales...".

Desde luego, que el régimen de liberalización de los servicios, como expresamos antes, que origina la regulación de las correspondientes actividades realizadas por los particulares, supone la exclusión de la "publicatio", pero no en un sentido absoluto, aunque esa pudiera llegar a ser la tendencia, sobre todo en la Unión Europea, en virtud de que actualmente coexisten actividades regidas por la "publicatio", y actividades totalmente sustraídas de ese régimen, pero sometidas a la potestad interventora de la Administración mediante la ordenación y la regulación, lo que conduce a la creación, mediante ley, de las mencionadas obligaciones de servicio público.

14.4.5. **Gestión directa o indirecta de la Administración Pública**. El examen de este elemento de la definición está estrechamente vinculado al anterior, y desde el punto de vista teórico no presenta mayores problemas, pues dependiendo de la **intensidad** de la "publicatio", como expone Villar Ezcurra, podrá la Administración gestionar directamente el servicio mediante los órganos de la Administración, o mediante la creación de entes descentralizados funcionalmente, de carácter público, verbigracia institutos autónomos, o de carácter privado, como los entes estatales, por ejemplo las empresas del Estado. Ha de advertirse que en esta materia la calificación como servicio público de determinada clase de actividades, puede llegar a tener un relevante carácter práctico, dado que en muchas ocasiones la Ley y la misma Constitución suelen referirse a los servicios públicos en sentido amplio, o sea, como equivalente a toda actividad desarrollada por la Adminis-

tración Pública, de tal manera que si en el proceso hermenéutico se concluye que toda referencia normativa en ese sentido equivale a una verdadera publificación, entonces ortodoxamente habrá que admitir que se configura una reserva de esa actividad, que puede conducir a la gestión en un régimen monopólico (gestión directa), o la reserva de la titularidad y a la gestión indirecta, mediante –básicamente– la figura de la concesión administrativa, lo que seguramente suscitará serios problemas, sobre todo en el ámbito económico.

Para que se comprenda mejor el asunto, baste solamente enunciar, pues más adelante haremos el examen correspondiente, que el artículo 102 de la Constitución establece que la educación es un servicio público; por consiguiente, si se considera que dicho precepto constitucional consagra una "publicatio" máxima, entonces los particulares estarían totalmente excluidos de la realización de esa actividad, siendo ejercida en régimen de monopolio por el Estado. Desde otra perspectiva, si se considera que se trata de una "publicatio" media, entonces el Estado tendría la titularidad del servicio, y lo ejercería indirectamente mediante una concesión otorgada a los particulares.

Pero igualmente podría formularse una tesis que abogue por la "publicatio" mínima, sobre la base de que el dispositivo constitucional alude al concepto amplio de servicio público, razón por la cual la reserva sería sólo de una parcela de la actividad, pudiendo el resto ser ejercida por los particulares mediante un régimen atenuado de intervención administrativa (autorizaciones, supervisión y vigilancia). También podría sostenerse que el dispositivo constitucional alude a los denominados servicios impropios o virtuales que estudiaremos más adelante.

De modo, pues, que el elemento bajo examen en el marco del concepto clásico o tradicional de servicio público, impone que la gestión debe ser realizada directa o indirectamente por la Administración Pública, pero la determinación de esos tipos de gestión depende de la previsión normativa regulatoria de la "publicatio". En efecto, va a

depender de la "ratio" de la disposición normativa que califica la actividad como servicio público, la configuración o no de un régimen de monopolio de la actividad a favor de la Administración, caso en el cual la gestión será indudablemente directa. En caso de que no se configure dicho régimen, entonces la gestión será indirecta.

14.4.6. **Régimen de derecho público**. Hay que comenzar señalando que se discute en doctrina si éste es realmente un elemento constitutivo de la definición de servicio público. Efectivamente, por una parte GUAITA (1967) sostiene que dicho elemento de la definición bajo análisis ha sido abandonado por la mayoría de la doctrina y por el Derecho positivo, en virtud de que este tipo de servicio puede prestarse por organizaciones privadas y sometido, o gran parte de su régimen, al Derecho privado. En cambio ARIÑO (2001) afirma que esa "pretendida igualdad de régimen jurídico entre servicio público y actividades privadas es más aparente que real, como se pone de manifiesto en los casos de litigios y conflictos. El servicio público goza de una protección especial".

Coincidimos con el sector de la doctrina que erige al régimen de derecho público como uno de los elementos de la definición de servicio público, porque sin dudas cuando la Administración lo presta en forma de monopolio, es fácil imaginarse que el aludido régimen estará fuertemente impregnado de reglas de Derecho administrativo; igual ocurre cuando lo hace indirectamente mediante la figura clásica de la concesión administrativa, inclusive en determinados tipos de servicio se llegan a trasladar al concesionario hasta potestades sancionatorias.

En ese mismo orden de ideas, cuando opera la "despublicatio", en virtud de la liberalización de los correspondientes sectores, y las actividades se realizan en un régimen de competencia, de todas maneras la Administración en su rol de reguladora y ordenadora, realiza actuaciones que tienden a configurar un régimen de Derecho público, máxime si se tiene en cuenta que las empresas encargadas de realizar estas

actividades están sometidas a las obligaciones de servicio público, las cuales cobran virtualidad en la concepción del servicio universal (estándares mínimos de calidad, precios e igualdad de trato, sin atender a criterios de rentabilidad económica).

Sin embargo conviene destacar que nada obsta, y así ocurre en la mayoría de los casos, para que la actividad prestacional esté regida por el Derecho privado. Así por ejemplo, la relación que se establece entre las compañías telefónicas y los usuarios está regulada por esa rama del Derecho, pero obviamente las relaciones de esas compañías con la Administración están regidas mayoritariamente por el Derecho Administrativo. Por consiguiente, el órgano administrativo competente en su rol de contralor, ordenador y regulador establecerá con esas empresas una relación jurídico-administrativa. Igualmente juega en favor de la tesis de la necesidad del régimen de Derecho público total o parcial, como elemento de la definición del servicio público, la normativa especial que suele regular la protección de sus bienes, beneficio de expropiación, etc., así como la relativa a la preservación y vigencia del principio de continuidad y regularidad, sobre todo en lo tocante al ejercicio del derecho de huelga.

En definitiva, si bien es cierto que las actividades de servicio público, especialmente las realizadas indirectamente y en régimen de competencia, están regidas casi en su totalidad por el Derecho privado, ello no conduce a negar que los aspectos más relevantes del mismo, como se ha indicado antes, son regulados por el Derecho Administrativo; de allí que, en nuestro criterio, debe considerarse el régimen de Derecho público, como uno de los elementos constitutivos de la definición descriptiva analizada.

14.5. **Servicio público en sentido orgánico y en sentido material**. Esta clasificación que inclusive encontraba consagración en la Constitución de 1961 en los artículos 190, num. 11 y 179, ordinal 5°, pasó al texto fundamental de 1999 (art. 196, num. 6), es de origen

francés. En efecto, la doctrina de ese país (DE LAUBADERE, 1976, RIVERO, 1984 y VEDEL 1980), coinciden en términos generales en su formulación. En el contexto de ese marco doctrinario, se conceptúa como servicio público, desde la perspectiva orgánica, al complejo organizativo que eroga la correspondiente prestación. En términos de Rivero "es el conjunto de agentes y de medios que una persona pública afecta a una misma tarea". Desde la perspectiva material o sustantiva, se conceptúa el servicio público atendiendo a la naturaleza de la actividad, sin tomar en cuenta el complejo organizativo que la realiza, de tal manera que se definirá como tal una actividad, pese a que sea desarrollada por un ente privado. Desde luego, que la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés señaló tempranamente que la actividad para detentar la mencionada naturaleza, necesariamente debería tender a satisfacer necesidades de interés general o colectivas.

Ha de advertirse que esta clasificación con el correr del tiempo suscitó bastantes discusiones doctrinarias, no sólo en Francia, sino también en otros países, pues originalmente casi siempre coincidía el sentido orgánico con el sentido material, dado que no se presentaba ninguna duda acerca de la tesis que propugnaba que un servicio público era una actividad que satisfacía un interés general, desplegada por la propia Administración. En ese orden ideas, dicha coincidencia revelaba, en palabras de la actual doctrina, que operaba el grado más intenso de la "publicatio" (reserva).

Sin embargo, cuando la doctrina y el Derecho positivo comienzan a admitir grados menores de publificación, e inclusive cuando se excluye en algunos sectores la "publicatio", se produce de ese modo una disociación entre la actividad y el complejo organizativo encargado de realizarla, lo que da lugar a que la primera pueda ser prestada por entes privados, bien bajo la forma de concesionario, bien en concurrencia con el Estado, o bien en un régimen de libre competencia. Es en ese momento cuando surge con más fuerza la discusión sobre la pertinencia de esta clasificación del servicio, no obstante la misma se ha mantenido,

pero con importantes matizaciones en lo tocante a cada una de las categorías que la integran.

Así por ejemplo, en Italia una parte de la doctrina ha señalado que la acepción subjetiva u orgánica, antes que referirse fundamentalmente al complejo organizativo que realiza la actividad, se sustenta más bien en la pertenencia del servicio a la Administración Pública, y en ese orden de razonamiento plantea que el adjetivo "público", más que poner de relieve a la naturaleza de la persona que presta el servicio, alude al destino del servicio mismo a los ciudadanos, es decir, a la colectividad, siendo precisamente una de las tareas de la Administración velar por los intereses generales de esa colectividad. Considera ese sector doctrinario, al servicio público, como una expresión del cumplimiento de las tareas que obligatoriamente debe realizar la Administración, y afirma que el momento fundamental en la conceptuación del servicio público es aquel en que el ente público asume para sí la tarea-servicio, y por consiguiente su organización, que es una cosa diferente de la gestión directa.

De allí que la noción subjetiva se mantenga aun cuando la gestión del servicio sea asignada a un operador privado, porque finalmente el servicio no es más que la concreción de una tarea asignada a la Administración, la cual puede gestionarla de manera indirecta (concesionario), o bien ejercer potestades ordenadoras o reguladoras en el caso de que la actividad esté totalmente liberalizada.

El planteamiento de la doctrina italiana, supera la concepción orgánica o subjetiva original que se limitaba a identificar el servicio público desde el punto de vista orgánico, con la organización pública que lo prestaba, razón por la cual en estricto rigor, no cabía en esa concepción el servicio prestado por particulares, bien bajo el régimen de concesión, o bien bajo el régimen de ordenación o regulación, pues la misma, como quedó expresado anteriormente, relaciona la subjetividad con las actividades de servicio público

como tareas que la ley le asigna directamente a la Administración a los fines de su tutela, y con el conferimiento de potestades a la Administración, pese a que esas actividades puedan ser desarrolladas por privados, para ordenarlas o regularlas.

Esta tesis amplia acerca de la concepción subjetiva del servicio público contrasta con la concepción objetiva, que depende de la calificación de la naturaleza de la actividad desarrollada, articulándola a un concepto jurídico indeterminado, como lo es el interés general, que no deja ni dejará de suscitar serias discusiones en el ámbito interpretativo. Por esa razón el Consejo de Estado Francés intentó establecer parámetros para tornar operativa dicha concepción, señalando "que un servicio público cumple una misión de interés general...; que la Administración ejerce un derecho de supervisión sobre las modalidades de cumplimiento de esa misión de interés general; que el organismo encargado de la gestión del servicio público está investido de prerrogativas de poder público, que en contrapartida la Administración dispone de un poder de tutela que ejerce respecto al nombramiento de los miembros del Consejo de Administración...".

Por otra parte, la doctrina italiana sostiene que el servicio público objetivo o material es aquel relacionado con las actividades programadas y controladas por el Estado para fines de interés social. En ese orden de ideas, MEILAN (1968) afirma que "lo relevante para calificar una actividad como tal, no es ya la asunción de la titularidad por el Estado, sino el sometimiento de la misma a la programación y al control y dirección de la Administración Pública". Como la aludida construcción italiana se basa en el artículo 43 constitucional, que establece que el Estado se puede reservar mediante Ley determinadas empresas que presten servicios públicos esenciales, se han suscitado muchas críticas a la tesis bajo examen, entre otras la relativa a su rigidez, la cual no permite distinguir entre una "actividad económica privada, también sujeta a programas y controles según el artículo 41 constitucional, y una actividad gestionada por sujetos públicos o por sujetos privados encar-

gados por la Administración, en el cuadro de una organización específica". (CAIA, 1993).

Quizás esos problemas interpretativos que suscita la tesis acerca de la concepción objetiva del servicio público, ha conducido a que la tesis subjetiva, en la forma concebida por la doctrina italiana, que en la práctica abarca a la objetiva al relacionar el servicio con una tarea del Estado, la cual debe cumplir en beneficio de la colectividad, cada día adquiera más adhesiones doctrinarias.

14.6. **Hacia una identificación de las actividades de servicio público**. Es necesario reiterar la relatividad que acompaña al concepto de servicio público, e igualmente es necesario recordar que el único indicador que permite conceptuar una actividad como de servicio público es su calificación directa o indirecta como tal, por una disposición legal, pero como expresamos antes, si bien es cierto que existen actividades que nadie duda en calificar como servicio público, tales como: la salud, la seguridad social, el transporte, etc., a esa convicción se llega, sobre todo en Europa, después de un desarrollo histórico y cultural que a la postre conduce a su recepción en los respectivos ordenamientos jurídicos. Por tal razón, si lo que subyace a la calificación es ese desarrollo, ello explica –insistimos– dependiendo de ese proceso evolutivo, que una actividad en un país puede conceptuarse como servicio público y en otro no.

Resulta sumamente importante reiterar que actualmente, a diferencia de lo que ocurría en el siglo XIX y hasta mediados del siglo XX, una actividad considerada como de servicio público puede no estar publificada. Es el caso de las que se prestan en régimen de competencia, sobre las cuales el Estado ejerce su rol ordenador y regulador, velando porque se cumplan las denominadas obligaciones de servicio público contempladas en la respectiva Ley.

Es lógico que cuando se articula la identificación de la actividad de servicio público sobre la base de una variable única: calificación

como tal por el ordenamiento jurídico, pueda ocurrir que determinadas actividades presenten las notas características, esencialmente la concerniente a la satisfacción de necesidades de interés general, propias del sentido objetivo del término, pero no logren la indicada calificación jurídica de servicio público. La doctrina española cita como ejemplos de las mismas el transporte en taxis, las oficinas de farmacia, etc., y a esos sectores de actividades, siguiendo a la doctrina francesa e italiana, los ha denominado servicios públicos impropios o virtuales.

VILLAR EZCURRA (1999), a los fines de agrupar a las actividades de servicio público por sectores, presenta un cuadro, que nos parece un modelo que puede ayudar didácticamente, razón por la cual lo transcribimos:

	1) Servicios sociales
Servicio Público	2) Servicios económicos
	3) Servicios residuales

En la clase de servicios sociales incluye a la educación y a la seguridad social; la clase de los servicios económicos la divide en tres subcategorías: Sector de Comunicaciones, Sector de Transporte y Sector de Suministros. En el primer Sector ubica el correo, las telecomunicaciones en general y los servicios de radiodifusión (radio y televisión); en el segundo Sector ubica los transportes por ferrocarril, los transportes por carretera, el transporte aéreo, el transporte marítimo y el transporte por cable (teleféricos); y en el tercer Sector ubica el suministro de agua, gas y de energía eléctrica.

Desde luego, que se trata de una clasificación, que seguramente peca de arbitrariedad, nota común a todo intento clasificatorio, y para ponerlo en evidencia bastará examinar los criterios de ordenación adoptados por el autor; no obstante, dicha clasificación nos parece útil

tanto desde el punto de vista científico como didáctico, dado que contiene un inventario sistematizado de todas las actividades consideradas como de servicio público en España, que nos puede servir de modelo para el análisis de estas actividades en Venezuela, cuando nos corresponda hacerlo en la segunda parte de este capítulo.

14.7. **Los servicios públicos esenciales**. Esta es una clase de servicios públicos contemplados en el artículo 43 de la Constitución italiana, el cual prevé que con fines de utilidad general mediante ley puede reservarse en forma originaria, o transferirse al Estado, a entes públicos o a comunidades de trabajadores o de usuarios determinadas empresas o categorías de empresas, que se refieran a **servicios públicos esenciales** y tengan carácter de preeminente interés general. Por lo tanto, se trata de la identificación en el marco del dispositivo constitucional del tipo de actividad indicado. Sin dudas que ello replantea el problema relativo a que esa identificación gira sobre un concepto jurídico indeterminado, como lo es el interés general. Sin embargo, en la doctrina italiana (CERRULLI, 1997) priva el criterio de que la identificación de esa materia es una decisión discrecional de legislador, y así también lo ha reflejado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, dejando a salvo que siempre la correspondiente Ley, pese al aludido amplio margen de discrecionalidad, estará sujeta a un control de razonabilidad.

Y tiene que ser así porque la aplicación del citado artículo 43 constitucional implica una intervención intensa de la Administración en la vida económica, pues supone, mediante la figura de la reserva original o de la transferencia mediante expropiación, la creación de un monopolio, tanto en lo concerniente a la titularidad como a la gestión en los sectores de actividades calificadas por la Ley como servicios públicos esenciales, los cuales evidencian más una concepción económica que jurídica, o económica con una acentuada incidencia jurídica, debido a que la calificación como tales servicios esenciales, es la base para las señaladas intervenciones intensas de la Administración en las actividades de los particulares.

De modo, pues, que la intención de extrapolar el concepto italiano de servicios públicos esenciales a otros ordenamientos, puede resultar poco útil, desde la perspectiva doctrinaria, porque aparece vinculado a una actuación discrecional del Parlamento, y no como pudiera parecer a la concepción objetiva de servicio público. En todo caso, nada obsta para que dicho concepto pueda ser utilizado doctrinaria o jurisprudencialmente, a los fines, por ejemplo, de observar cómo opera en el caso del ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos, en lo tocante al necesario funcionamiento de servicios mínimos indispensables o esenciales.

14.8. **Los servicios públicos virtuales o impropios**. Esta calificación al parecer tiene su origen en la doctrina del Consejo de Estado Francés, siendo acogida en la doctrina italiana, e inclusive en la española. En realidad se utiliza la expresión, porque alude a actividades que no son calificadas legalmente como servicio público, o sea, que en principio pueden ser desarrolladas libremente por los particulares, pero ocurre que como ellas están estrechamente vinculadas a un interés público, quedan sometidas a un régimen legal excepcional de la intervención de la Administración, semejante en cuanto tal intervención, no en cuanto a modalidades, al de los servicios públicos, razón por la cual han sido denominados "servicios públicos virtuales o impropios" y "actividades de interés público". Se citan como ejemplos, dependiendo de cada país, el servicio de taxis, la actividad bancaria o de seguros, las actividades de enseñanza, las actividades sanitarias, etc.

En realidad, debemos enfatizar que dependerá del examen de cada ordenamiento la existencia de este tipo de actividades o de servicios públicos virtuales, porque resulta evidente que si en un determinado país una disposición legal califica a la enseñanza como servicio público, entonces no podrá considerarse como una actividad de interés público en el sentido antes indicado. Sin embargo, lo importante de destacar es que estaremos frente a este tipo de actividades, cuando ellas estén dirigidas al público, es decir, a un

grupo de ciudadanos, quienes están facultados para exigirlas aunque no sean calificadas como de servicio público, y por ende, no reservadas por el Estado, sea su titularidad o su gestión, o ambas a la vez (monopolio), pero que pese a ello no pueden ser realizadas en un verdadero régimen de libertad económica, en virtud de que están sometidas a la intervención del Estado.

Esa intervención consiste en términos generales en la necesidad de una "autorización constitutiva" previa para poder gestionar las actividades. Por tanto, dicho acto de la Administración no consiste simple y llanamente en el levantamiento de un obstáculo para que los particulares puedan comenzar a ejercerlas, sino que ello implica como sostiene ARIÑO (2001) "poderes de ordenación a lo largo de todo el ejercicio de la actividad", que generalmente se traducen en la aprobación de las tarifas del servicio, en la fijación de las condiciones técnicas y en la determinación de las modalidades de prestación; en el establecimiento de las garantías de servicio público y las sanciones aplicables en caso de incumplimiento, y los supuestos en que procede la revocación de la autorización. Por supuesto, que estas modalidades de intervención administrativa en la actividad de los particulares únicamente pueden encontrar fundamento en disposiciones expresas de instrumentos normativos, generalmente de rango legal.

Es necesario hacer hincapié que en este tipo de servicios públicos virtuales por no estar afectados por una declaración de publificación, no debe confundirse, pese a estar sometidos a un régimen importarte de intervención por parte del Estado, como hemos visto, la autorización constitutiva, con la concesión administrativa, que es la que opera en los casos en que efectivamente la actividad es de servicio público, pero gestionada indirectamente por el Estado mediante la mencionada figura. No obstante, algunos autores recalcan que la situación del particular autorizado es bastante similar a la del concesionario del servicio público. En ese orden de ideas, VILLAR PALASI (1964) ejemplifica con el servicio de taxis en España, en el cual se dan los siguientes caracteres

"obligación de facere, falta de derechos subjetivos para exigir la denominada autorización, numerus clausus, garantía de continuidad del servicio, regulación de horarios y tarifa por la propia Administración, sanción administrativa por incumplimiento en el servicio frente al usuario. El resultado así obtenido es el mismo régimen especial que nuclearmente es lo esencial en el servicio público propiamente dicho".

Esta asimilación entre el régimen de los servicios públicos virtuales y el de los servicios públicos reales, que formula el mencionado autor, que en la práctica tiende a suprimir las diferencias entre ambos tipos de actividades, es cuestionada parcialmente por ARIÑO (2001), quien insiste en que existen varias diferencias significativas entre ambos tipos de actividades, entre las cuales menciona la fuente y contenido del deber de prestación, el alcance de la potestad modalizadora y la potestad sancionadora, y concluye afirmando en tal sentido "...creemos que hay una diferencia de fondo inspiradora de distintas soluciones en un caso o en otro. En todo aquello que la norma no prescriba exactamente (en todo aquello que no esté expresamente regulado), la visión del régimen jurídico que hay que tener en uno u otro caso es profundamente distinta".

A lo anterior debe añadirse que la doctrina señala también como diferencia, que a los servicios públicos virtuales no les son aplicables las normas del servicio público real, tales como el beneficio de la expropiación (para el concesionario), la inembargabilidad, el trato fiscal favorable, etc. Finalmente, consideramos necesario hacer notar que la recepción de la tesis doctrinaria sobre los servicios públicos virtuales en un país dependerá de la regulación sobre los servicios públicos previstos en su ordenamiento, así como de la forma en que aparezcan consagradas las garantías económicas, pero lo que sí parece indiscutible es que en todo ordenamiento que privilegie la libertad económica, y proscriba en términos generales los monopolios, dicha categoría doctrinaria puede ser de relevante utilidad, en la diferenciación del régimen jurídico de los servicios públicos, del régimen jurídico de este tipo de actividades, donde se privilegia parcialmente la libertad económica.

14.9. **Régimen de prestación de los servicios públicos.**

14.9.1. **Premisa introductoria**. El punto concerniente al régimen de prestación de los servicios públicos, o si se quiere en términos más categóricos, el "régimen jurídico de los servicios públicos", es quizás el más importante y complejo de todo el tema de los servicios públicos, en vista de que el análisis del mismo permite observar el funcionamiento de un conjunto de variables jurídicas que resulta necesario para la normal operación de dichos servicios. Desde luego, que no existe una concepción unívoca acerca de cuáles son esas variables, ni tampoco acerca de sus respectivos comportamientos; de allí entonces que la doctrina haya propuesto un número mínimo de ellas, que independientemente de la naturaleza del servicio público de que se trate, deberá desempeñar un rol básico en su funcionamiento.

La conjugación del indicado número de variables es lo que una parte de la doctrina denomina régimen jurídico de los servicios públicos. Por supuesto que un verdadero estudio de las mismas excede los objetivos del presente Manual, pues ello implicaría la elaboración de una monografía, razón por la cual nos limitaremos a examinarlas de manera muy sucinta, e inclusive dentro de ese examen limitado abordaremos únicamente la parte esencial de cada una de esas variables. Es preciso destacar que este aspecto del tema está referido al concepto de servicio público en sentido clásico o tradicional.

14.9.2. **Las modalidades de prestación del servicio**. Cabe recordar, en primer lugar, que la calificación legal de una o de un sector de actividades como servicio público, supone "ipso iure" que se produce una reserva de dicha actividad o sector de actividades para el Estado, lo que implica la titularidad estatal de la misma, así como la exclusión de los particulares del referido ámbito de actuación. Por lo tanto, lo que ocurre es que el sector queda encomendado legalmente en forma exclusiva, e inclusive en algunos casos totalmente excluyente a la Administración Pública. Pero como hemos dicho anteriormente, a los

fines determinar la magnitud de la reserva que comporta la calificación legal de servicio público, resulta necesario escudriñar la correspondiente norma o normativa, pues a diferencia de lo que ocurría en los primeros tiempos en que aparece la concepción jurídica del servicio público, ahora es posible, y casi se podría decir que es la tendencia predominante, que la aludida reserva admita una importante restricción, en el sentido de escindirse entre titularidad de actividad y titularidad de gestión.

En efecto, sucede que en la mayoría de los ordenamientos donde todavía prevalece el concepto tradicional de servicio público, al producirse la calificación de la actividad, la norma respectiva, ciertamente reserva la titularidad sobre esa actividad al Estado o Administración Pública, pero permite, y en algunos casos así lo establece con carácter vinculante, que la gestión pueda ser realizada por privados. Planteada así la situación, resulta que en definitiva la selección de la modalidad de gestión de los servicios públicos corresponde al legislador, quien puede regular exhaustivamente la situación, o sencillamente exhortarla mediante la fijación de ciertos parámetros, para que la Administración discrecionalmente puede escoger la modalidad que más convenga al interés público.

Atendiendo a ese orden razonamiento la doctrina (GARRIDO FALLA, 1989; VILLAR EZCURRA, 1999; ARIÑO ORTIZ, 2001, CAIA, 1993 y DE LAUBADERE, 1984), coincide en términos generales en el siguiente esquema, contentivo de las modalidades de prestación del servicio público:

1. Gestión directa

1.1. Por la propia Administración ("regie" en términos de la doctrina francesa).

1.2. Por medio de un organismo o instituto autónomo creado a tal fin (establecimiento público).

1.3. Por medio de una empresa privada estatal.

2. Gestión indirecta

2.1. Concesión

2.2. Arrendamiento

2.3. Concierto

3. Gestión por medio de empresa de economía mixta.

14.9.2.1. **Gestión directa**. Se denomina así la modalidad de prestación realizada por el Estado o la Administración Pública, que bien puede ser con los órganos ordinarios que conforman su estructura burocrática, es decir, por la propia Administración, caso en el cual no se produce separación entre titularidad y gestión, o bien puede ser con entes públicos o privados estatales, creados con esa finalidad, caso en el cual sí se produce una separación, pero de carácter formal entre titularidad y gestión, dado que esta última es encomendada a un ente inscrito dentro de la estructura organizativa de la Administración Pública, llámese organismo o instituto autónomo, o empresa del Estado.

Cuando la gestión es realizada por órganos ordinarios de la propia Administración puede confundirse formalmente la actividad de servicio público, con las funciones administrativas, por supuesto, que desde el punto de vista sustantivo las diferencias señaladas anteriormente se mantienen. También puede ocurrir que esta confusión orgánica (prestación del servicio y ejercicio de funciones públicas), pueda suscitar problemas interpretativos cuando se trate de un servicio económico. En tal sentido expresa GARRIDO FALLA (1989) que por ejemplo en el caso de un matadero municipal, puede llegar a considerarse a la Administración como empresaria, y pretender aplicarle normas de derecho mercantil. No obstante, desestima dicha pretensión por considerar que el estudio de esa eventual problemática debe estar presidido por la correspondiente normativa de Derecho Administrativo, y en ese orden de razonamiento, termina afirmando que sería absurdo hablar de quiebra de un matadero municipal.

La doctrina está conteste en que la forma de gestión directa mediante órganos que conforman a la Administración, actualmente es poco significativa, y su utilización aparece justificada, "bien por el pequeño volumen de la inversión a realizar o porque en la producción de bienes que constituya su finalidad esté, en principio, descartada toda idea de beneficio económico" (Garrido Falla, 1989).

Por último, cabe recordar que en esta modalidad de gestión no existe una personalidad jurídica distinta a la de la correspondiente Administración nacional, estadal o municipal de que se trate, por supuesto que cuando no se recurre a la modalidad del ente público o de la empresa pública, desde el punto de vista organizativo son órganos de esas personas jurídicas los encargados de prestar el servicio, sin que ellos detenten autonomía financiera alguna, pues los costos son cubiertos con los créditos presupuestarios de la respectiva Administración, al cual se integran los ingresos tarifarios que pueda recibir. No obstante, algunos ordenamientos pueden contemplar órganos diferenciados, sin personalidad jurídica, encargados de prestar el servicio, dotados de autonomía funcional, presupuestaria y financiera.

En lo tocante a la gestión directa mediante entes públicos o privados encuadrados en la estructura organizativa de la Administración (estatales), las modalidades más comunes son los organismos o institutos autónomos, y las denominadas empresas del Estado, creadas conforme al Derecho Privado, los primeros entes públicos, y las segundas entes privados, ambos encuadrados dentro de la Administración descentralizada funcionalmente. Obviamente, en estos casos sí existe una personalidad jurídica distinta a la Administración Pública que crea dichos entes, con los cuales, inclusive, puede llegar a entablar relaciones contractuales. Será necesario examinar cada Derecho positivo para conocer los presupuestos de creación de los entes públicos, así como las categorías a las cuales se le puede encomendar el servicio.

Igualmente será necesario examinar el ordenamiento para determinar el indicador o los indicadores básicos que permiten la creación

de una empresa pública o empresa del Estado, configurada como sociedad mercantil, para dispensar las prestaciones del servicio. Así, por ejemplo, en algunos Derechos positivos, puede reputarse como empresa de esta naturaleza aquella en la cual el Estado tenga más del cincuenta por ciento del capital social, pero en otros ese requisito se extiende al ciento por ciento, en virtud de que en la primera hipótesis más bien se configuraría una "empresa de economía mixta". Lo cierto es que a los fines de la gestión del servicio, la diferencia entre el ente público, y el ente privado estatal, radica en que el primero aparece regido de manera preeminente por el Derecho Público, y el segundo por el Derecho Privado.

Ha de advertirse que desde el punto de vista formal aunque la empresa pública o del Estado, por ser creada conforme al Derecho Privado, requiere que una norma la habilite para la prestación del servicio, e igualmente la habilite para el ejercicio de potestades públicas concernientes al funcionamiento del mismo, a diferencia de lo que ocurre con los entes públicos. En todo caso, resta por reiterar que la gestión directa está presente, con las particularidades indicadas, tanto cuando está a cargo de un ente público, distinto de la Administración, que cuando está a cargo de un ente privado estatal, y que ello implica la separación formal de la titularidad de la actividad y la titularidad de la gestión, pues la primera siempre se mantiene en la Administración.

14.9.2.2. **La gestión indirecta.** Como ha quedado demostrado, la gestión directa de los servicios públicos implica la prestación del servicio por la propia Administración, bajo cualquiera de las modalidades antes señaladas, y sobre la base de la conservación sustantiva tanto de la titularidad de la actividad, como de la titularidad de la gestión (monopolio); en cambio, la gestión indirecta, bajo sus distintas modalidades, de las cuales nos referiremos, por su importancia, esencialmente a la **concesión**, implica la prestación del servicio por los particulares, correspondiéndole a la Administración desempeñar un rol que garantice que esa prestación sea efectiva. Esta modalidad de gestión resulta de la separación entre la titularidad de la actividad, producto de la declara-

ción legal como servicio público, que siempre será de la Administración, y la prestación material del servicio, atribuida bien bajo la modalidad del arrendamiento, del concierto o de la concesión a los particulares.

En efecto, como hemos reiterado a lo largo de estas páginas, la declaración de una actividad o un sector de actividades como servicio público configura una reserva para el Estado, y la exclusión en ese sector de actividades del ámbito de los privados, quienes sólo pueden acceder al mismo mediante el correspondiente título habilitante, es decir, el acto de la Administración mediante el cual atribuye al particular la gestión del servicio, siendo la modalidad más importante de ese tipo de actos, como dijimos precedentemente, la concesión. Debe quedar claro, en primer lugar, que hoy en día, prevalece la gestión indirecta sobre la directa; en segundo lugar, que salvo disposición expresa de la Ley, resulta una potestad discrecional de la Administración optar por la gestión directa o indirecta; y en tercer lugar, que en principio el otorgamiento de toda concesión constituye una expresión de una potestad discrecional de la Administración.

14.9.2.2.1. **La concesión de servicio público (definición)**. Es el acto mediante el cual la Administración transfiere a un particular el derecho a ejercer una actividad declarada legalmente de servicio público, reservándose la titularidad de la misma, en su condición de "dominus". Pese a que en doctrina se han formulado distintas tesis acerca de la naturaleza jurídica de la concesión, a saber: como acto unilateral, como contrato y como situación mixta, en virtud de poseer una parte de contrato y otra de reglamento, hoy en día existe un virtual consenso acerca de su naturaleza contractual, específicamente de contrato administrativo, y desde esa perspectiva formal, la concesión puede ser definida como un contrato que se celebra entre la Administración Pública y un particular, mediante el cual se le transfiere a éste el ejercicio de una actividad de servicio público, que previamente ha sido reservada, mediante una norma legal, a la Administración, a cambio de una remuneración generalmente derivada de las tarifas que el particular-concesionario recibe de los usuarios.

14.9.2.2.2. **El otorgamiento de la concesión**. Señala Villar Ezcurra (1999), que al igual que todo tipo de contrato administrativo, el otorgamiento de la concesión requiere la realización de un conjunto de actuaciones previas, entre las cuales menciona:

a) La elaboración del anteproyecto de explotación; b) la aprobación del pliego de cláusulas de explotación, que quizás es la fase más importante, porque contempla entre otros los siguientes aspectos: la identificación del contrato, así como sus características, la fijación de las tarifas máximas y mínimas que habrán de sufragar los usuarios, medios auxiliares que aporta la Administración, plazo del contrato y prórrogas, sanciones por incumplimiento de las obligaciones, otorgamiento de fianzas, si fuere el caso, etc.

c) La adjudicación del contrato mediante concurso; y d) la formalización del contrato. Por supuesto que el procedimiento delineado anteriormente, se corresponde con el Derecho positivo español; no obstante, recoge en términos generales las fases en que se desagrega en casi todos los ordenamientos, el tipo de procedimientos que conduce a la celebración de los contratos de concesión de servicio público.

14.9.2.2.3. **Los poderes de la Administración en los contratos de concesión de servicio público**. Como enseña la doctrina, la existencia en un ordenamiento jurídico de la figura de los contratos administrativos supone predicar una categoría contractual distinta a la regulada en el Derecho privado, caracterizada porque la Administración ejerce poderes en forma unilateral que desvirtúan el carácter de paridad en que se sitúan jurídicamente los contratantes regulados por normas de Derecho privado, con la particularidad de que debe preservarse todo el tiempo el equilibrio financiero del contrato. Cabe indicar que esas potestades no necesariamente requieren aparecer recogidas en el documento contractual, lo que no obsta para que se recojan en el mismo, pues se aplican a los contratantes las correspondientes normas del

Derecho positivo y, en su defecto, las doctrinas jurisprudenciales que apuntan hacia la dirección indicada. No corresponde en este acápite examinar esos poderes, sino la forma como aparecen modulados o particularizados en el contrato de concesión de servicio público.

En esa línea argumental, la doctrina afirma que corresponde a la Administración ejercer poderes de dirección, vigilancia y control sobre el servicio concedido, siendo el fundamento de los mismos la posición que detenta la concedente al mantener la titularidad de la actividad objeto del servicio, razón por la cual también la dirección y la responsabilidad del mismo. Al respecto sostiene MEILAN (1968) "en la concesión, lo esencial no es el concesionario ni los intereses del mismo; éstos quedan en situación secundaria; el servicio es lo único fundamental; la concesión es siempre un servicio público de la Corporación, no del concesionario. El único derecho del concesionario se traduce en la posibilidad de obtener una indemnización".

La doctrina precisa en relación a los mencionados poderes, que ellos tienen un carácter interno, dado que les permite a la Administración impartirle órdenes e instrucciones sobre el funcionamiento y organización del servicio, al concesionario, conformándose de esa manera una situación casi equivalente a la que existe entre el jerarca administrativo y los órganos subordinados, o sea, una especie de relación jerárquica. A los anteriores poderes se agregan los clásicos de inspección y vigilancia sobre la prestación de los servicios, especialmente en algunos de ellos, con la finalidad de preservar la seguridad e intereses de los usuarios. En otros términos, según esta posición doctrinal, los aludidos poderes internos sólo encuentran un límite: el respeto a la ecuación financiera del contrato.

Recordamos a los lectores que estos rasgos del denominado régimen jurídico de los servicios públicos están referidos a la concepción tradicional, porque tal como aparece expuesta la tesis, no deja de suscitar dudas, ya que específicamente los poderes de impartir órdenes

e instrucciones, inclusive van más allá de los tradicionales reconocidos a la Administración en los contratos administrativos. No obstante, entendemos que ello obedece, como quedó expuesto en las citas anteriores, a la casi imprescindibilidad de la realización **efectiva** de las actividades declaradas como de servicio público, pues en la base de esa declaración está siempre la necesaria satisfacción de una necesidad colectiva, verbigracia: el suministro de agua, de electricidad, de gas, etc., y el carácter de garante que ipso iure asume la Administración concedente.

En ese sentido, no hay que olvidar la obligación casi natural en toda concesión de servicio público relativa a la continuidad y a la regularidad del servicio, así como la de suministro, y el derecho de todo ciudadano al uso del mismo. Y únicamente tanto la garantía como las obligaciones enunciadas pueden tornarse reales si la Administración ejerce los referidos poderes sobre el servicio y sobre el concesionario. Por supuesto, que esta tesis podría colidir con el derecho a la libertad económica, y a la libertad de empresa, consagradas en casi todas las Constituciones, pero ese es un punto que examinaremos más adelante.

14.9.2.2.4. **La responsabilidad de la Administración derivada del funcionamiento del servicio concedido**. Uno de los argumentos para que la Administración detente los poderes antes mencionados, sobre el servicio y sobre el concesionario, radica en que mantiene la titularidad de la actividad objeto del servicio concedido, que es precisamente lo que sirve de base para predicar también la responsabilidad de la Administración, bien frente al concesionario en lo tocante al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato, bien en algunos casos frente a los usuarios o consumidores, e inclusive terceros (responsabilidad extracontractual), por el funcionamiento del servicio. Por supuesto que la regla de la responsabilidad, sin que rija totalmente en la concesión el antiguo principio denominado de “riesgo y ventura” frente al usuario, es en primer término, y principalmente del concesionario, siendo esa responsabilidad de la Administración concedente sólo en determinados casos, pero no de manera subsidiaria, sino de manera

principal, o sea, que en esos casos excepcionales sustituye al concesionario frente a los daños causados a los usuarios o a los terceros.

Entre esas hipótesis de responsabilidad excepcional de la Administración se mencionan las siguientes: a) cuando el daño provenga de una cláusula impuesta por la Administración al concesionario, cuyo cumplimiento éste no pueda eludir; b) cuando el daño tenga su origen en causas imputables a la Administración; y c) cuando el daño sea causado como consecuencia directa e inmediata del cumplimiento de una orden impartida por la Administración al concesionario. En algunos ordenamientos en que la regla es la responsabilidad del concesionario, de todas maneras en aras de la protección de los derechos de los usuarios, teniendo en cuenta que el titular de la actividad sigue siendo la Administración, ésta responde en caso de insolvencia del contratista, o bien cuando no pueda cancelar la indemnización en forma inmediata, operando en todo caso el derecho de repetición por parte de la concedente.

La vía procesal habrá que determinarla en cada ordenamiento, pues existen algunos que establecen la reclamación del daño del usuario, al concesionario mediante la vía ordinaria, otros establecen un procedimiento que implica imponer una reclamación previa ante la Administración, la cual resuelve si el concesionario debe pagar o no, e inclusive quién debe pagarla: Administración o concesionario, y contra esa decisión expresa o presunta debe accionarse por ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Desde luego que nos referimos a países de regímenes administrativos. Puede ocurrir también que el usuario estime que la responsabilidad es de la Administración, caso en el cual podrá formular directamente la acción o recurso por ante los órganos jurisdiccionales.

En España la doctrina y la jurisprudencia concuerdan en que en el caso de los servicios públicos la responsabilidad –tanto del concesionario como de la Administración, según los casos– es objetiva. Tal tesis

fue sostenida tempranamente por el Consejo de Estado (15 de junio de 1967), en los siguientes términos:

"... la responsabilidad por tanto va a ser una responsabilidad objetiva. El concesionario responderá independientemente de que en su actividad haya mediado culpa o no, al ocasionar el daño. El concesionario, al igual que la Administración va a responder por el funcionamiento normal o anormal del servicio; no hay duda que la regulación de su responsabilidad se hace en el mismo artículo 121, párrafo 2°, que regula la responsabilidad de la Administración. Su encaje sistemático no ofrece ninguna duda, a nuestro juicio. La responsabilidad objetiva del concesionario se encuentra justificada, según pensamos, por una razón fundamental: importantísimos servicios públicos vitales para el desarrollo de la comunidad, se encuentran hoy día concedidos, piénsese en el servicio de aguas, gas, electricidad, transporte, etc. Si la responsabilidad objetiva de la Administración que tanto trabajo ha costado instaurar en nuestro sistema, se considera como una de las conquistas fundamentales de nuestro Estado de Derecho, esta conquista puede verse cercenada en perjuicio de los administrados, dado que servicios públicos vitales, como los que hemos indicado, se encuentran concedidos. Los perjuicios que los concesionarios pudieran ocasionar en el desarrollo de su actividad sólo serían remediados por los administrados cuando hubiere intervenido culpa o negligencia, si no se acepta la responsabilidad administrativa del concesionario regulada en la Ley de Expropiación Forzosa, y no en el artículo 1.902 del Código Civil".

El dictamen transcrito revela la tendencia a extender la responsabilidad objetiva en la concesión de servicio público al contratista en España, y a tal fin esgrime razones bastante convincentes, pero lógicamente será el examen del correspondiente Derecho positivo de cada país el que permitirá precisar si se puede postular la extensión de la responsabilidad objetiva de la Administración al concesionario, en la concesión de servicio público.

14.9.2.2.5. **Principales obligaciones del concesionario**. Según la doctrina española, las principales obligaciones del concesionario son:

a) El mantenimiento de la continuidad y la regularidad del servicio concedido, desde luego que atendiendo a la naturaleza de cada servicio. Por cierto que el concesionario sólo se puede exonerar de esta obligación en casos de estricta fuerza mayor, razón por la cual no rige la excepción "non adempleti contractus" prevista en el Derecho Civil, en caso de incumplimiento de la concedente. Por otro lado, la Administración tiene a su disposición potestades para evitar la paralización del servicio por parte del concesionario, que van desde la imposición de multas, hasta la intervención temporal del servicio, que consiste en la sustitución del concesionario por la propia Administración, lo que significa que administra en su lugar y a su costa, utilizando tanto el personal como las instalaciones del concesionario. Lo usual es que las mencionadas potestades queden recogidas en el contrato de concesión, pero de no ser así la jurisprudencia francesa, por ejemplo, ha declarado que en ausencia de cláusulas de ese tenor, de todas maneras debe considerarse que la Administración detenta dichas potestades.

b) El mantenimiento del orden en el servicio, obligación que debe compartir con la Administración, a la cual en términos generales le corresponde ejercer las potestades de policía que garanticen el buen funcionamiento del servicio, sin que nada obste para que pueda delegarle alguna de ellas al concesionario; c) la indemnización de los daños causados a los usuarios y terceros, la cual examinamos en el punto anterior; y d) la obligación de no discriminación en el trato, o de respeto al principio de igualdad, que significa, en primer lugar, el derecho de acceso al servicio de todos los ciudadanos, el cual no puede ser sujeto a ninguna condición establecida por el concesionario, salvo aquellas que excepcionalmente puedan estar contempladas en la Ley. En otros términos, debe respetar el denominado por la doctrina española "régimen de cola".

En segundo lugar, una vez que el usuario accede al servicio, la obligación bajo examen tiende a evitar que éste sea objeto de discriminación o desigualdades en la prestación del mismo. Desde luego, que ello no significa literalmente que todos los usuarios deben recibir una prestación idéntica, sino que atendiendo al monto de las tarifas que paguen deben recibir un servicio en cantidad y calidad equivalente a la de todos aquellos ciudadanos que sufragan esa misma tarifa. En definitiva, la obligación del concesionario comporta la ausencia de discriminación en cuanto al derecho al acceso al servicio, así como la igualdad de trato a todos los usuarios.

14.9.2.2.6. **Principales derechos del concesionario**. El principal derecho del concesionario es al cobro de las tarifas del servicio, pero en caso de que el producto de esas tarifas no logre cubrir el costo y proporcionarle una ganancia razonable, entonces en el contrato se prevé una contraprestación que debe hacer la Administración normalmente bajo forma de subvención. La doctrina alude además a otros beneficios especiales (VILLAR EZCURRA, 1999), los cuales se erigen en derechos del concesionario, siempre que así se establezca en el contrato. Ellos son: a) La utilización de bienes del dominio público; b) el carácter de beneficiario de la expropiación forzosa; c) el beneficio de vecindad; y d) la aplicación del procedimiento de apremio para cobrar las tarifas establecidas (en este caso se le otorgan al concesionario potestades públicas, a los fines de garantizar que el financiamiento básico del servicio, constituido por las tarifas opere eficaz y eficientemente).

14.9.2.2.7. **Las tarifas del servicio**. Como hemos dicho antes, la tendencia en materia de financiamiento de servicios públicos, es en términos generales que los usuarios paguen determinada tarifa, que viene a ser de esa manera el precio por la prestación del servicio. En general se admite que la tarifa carece de naturaleza tributaria, motivo por el cual no puede ser conceptuada ni como un impuesto, ni como una tasa, sino como un precio, que generalmente es denominado

público, atendiendo a los mecanismos de su fijación. Es preciso subrayar que la doctrina estima necesario que en el procedimiento de fijación de tarifas de los servicios públicos, rija el principio de que éstas deben corresponderse con el costo real de dichos servicios, en el cual debe estar incluido un porcentaje razonable de ganancia para el gestor, inclusive cuando la propia Administración o un ente público asuma ese rol.

Demás está advertir que la fijación de tarifas aparece muy vinculada, en muchos casos a la política económica de un determinado país, pudiendo ocurrir una situación –indeseable en el funcionamiento de los servicios públicos– como es la congelación de tarifas o su fijación por debajo del costo real del servicio, por razones políticas o económicas, porque una decisión de esa naturaleza a la postre conduce a la afectación significativa del servicio. Puede suceder en el contexto de las situaciones señaladas que la fijación por debajo del costo, sea complementada por una subvención de parte del Estado, que equilibre el referido costo, pero en ese caso el Estado debe asumir las consecuencias de la implementación de una política de esa naturaleza.

Por otro lado, también forma parte de los criterios que orientan la fijación de las tarifas de los servicios públicos, la prohibición de utilizarlas con la finalidad de subsidiar a otros servicios, o subvencionar a otro ente público, y en definitiva con un objeto distinto a la recuperación del costo real en los términos expuestos. No obstante, sí resulta admisible y hasta conveniente en determinados casos la combinación de precios para los distintos servicios prestados por una misma empresa, sobre la base de aumentar aquel o aquellos que reciben los usuarios de mayor poder económico, o los que obtienen mayores utilidades del servicio, pero siempre respetando la idea de lograr recabar el costo real de las tarifas pagadas por los usuarios. O sea, que se trata de una especie de subvención cruzada pero de carácter interno, de tal manera que ello no incide en la señalada regla del rescate del costo real del servicio.

Lo aconsejable es que en la Ley correspondiente aparezca recogida la regla del costo real en la determinación del monto de la tarifa del servicio, no obstante, hay que reconocer que la consagración formal de dicha regla no basta para superar los problemas siempre presentes en la formación de las tarifas, dado que la misma no incide en la dilucidación de las dudas concernientes a las variables que deben ser tomadas en cuenta para determinar el costo, ni tampoco el método de cálculo. En este sentido sostiene ARIÑO (2001) que existe un acuerdo sobre los costos básicos que debe tomarse en cuenta en la determinación de la tarifa, a saber: "1) Costes de explotación depurados y ajustados; 2) amortización prudente y realista de los activos; 3) normal rentabilidad de la inversión neta; 4) impuestos". El mismo autor reconoce que pese al acuerdo sobre los elementos básicos antes enumerados, la estimación y cálculo de todos ellos suelen generar problemas de no poca monta, entre la Administración y las empresas concesionarias.

14.9.3. **El monopolio en el ejercicio del servicio concedido**. Es necesario destacar que en Europa desde hace bastante tiempo, tanto las leyes de los distintos países como las directivas de la CEE, ahora Unión Europea, han proscrito los monopolios; no obstante, esa prohibición hasta que se inició el proceso de liberación de los servicios fue en la realidad letra muerta, ya que por distintas razones las concesiones otorgadas a los particulares, sobre todo en los grandes servicios (electricidad, agua, gas, etc.), originaban monopolios de hecho, pues sólo la empresa concesionaria prestaba el servicio. Entre esas razones se mencionan: a) que la competencia en algunos servicios y en algunas ocasiones conducía al desmejoramiento del servicio, por la duplicidad de costos y la dificultad en la coordinación; b) que el control que ejercía la Administración impedía los efectos nocivos del monopolio sobre la prestación del servicio y sobre los usuarios; c) que en el caso de los servicios que requieren para su prestación un sistema de redes (agua, luz, teléfonos, etc.), la duplicación de esas redes para permitir la competencia, en lugar de conducir a una disminución los costos, origina un aumento de los mismos.

Lo cierto es que las razones mencionadas, así como por otras no enumeradas, pero invocadas tanto por los concesionarios, como por la propia Administración concedente, han servido de fundamento a la derogación fáctica de la prohibición de monopolios, pero una vez que se inicia y se desarrolla el proceso de liberalización de los servicios públicos, que conduce a privilegiar la regla de la libre competencia, carece de mayor importancia el planteamiento sobre esta especie de monopolios atípicos, cuyo destino será seguramente a corto plazo, por lo menos en la Unión Europea, su extinción total.

14.9.4. **La terminación del contrato de concesión de servicio público.** Como todo contrato administrativo, el de concesión de servicio público tiene un carácter temporal, visto que resulta contrario a derecho transferir de manera permanente la competencia que le atribuye la Ley a la Administración para gestionar el servicio, pues dicha gestión corresponde al ejercicio de una competencia, la cual por principio, como es sabido resulta irrenunciable; de allí la necesidad de establecer en el contrato el plazo de duración. Inclusive, en algunos países se consagra en la Ley el plazo máximo que deben durar los contratos administrativos, el cual en el caso español es de setenta y cinco años (art. 158 de la Ley de Contratación de las Administraciones Públicas).

Hay que advertir que en las leyes anteriores era corriente encontrar que el plazo máximo no podía superar los noventa y nueve años, y esa previsión, según GARCÍA DE ENTERRÍA (1974) obedecía a ideas predominantes en períodos históricos anteriores, y con ella se "querían garantizar las cesiones regalianas frente a una posible prescripción adquisitiva contra la Corona". Pero el mismo autor se encarga de aclarar que se trataba de un temor infundado, puesto que desde los mismos inicios del Estado de Derecho resultaba inconcebible que procediera la prescripción adquisitiva (usucapión), a favor de los privados, de la titularidad de una función o un servicio público.

El cumplimiento del contrato por referirse a obligaciones de actividad, opera cuando se vence el plazo establecido, dando lugar a la

figura de la **reversión,** puesto que al extinguirse el vínculo contractual la gestión del servicio retorna a la Administración. Puede en ese caso la Administración, atendiendo a reglas de conveniencia, de oportunidad y legales, bien asumir la gestión, bien encomendársela a otro concesionario, o prorrogarla al mismo gestor. En fin, la reversión es una de las formas de extinción del contrato de servicio público, y en los actuales momentos se considera como una cláusula económica de este tipo de contratos, que normalmente aparece expresamente incorporada en el mismo. Al respecto sostiene GARCÍA DE ENTERRÍA (1974) que en el "Derecho Español la reversión no es un elemento esencial ni siquiera natural del contrato de concesión, sino simplemente accidental, es decir, procedente únicamente en caso de pacto expreso".

La tesis manejada por el citado autor español hay que entenderla, como referida a España, pues no deja de suscitar dudas, admitir sin más el carácter que le otorga a la reversión, ya que ello conduciría a reconocer que existen contratos de concesión de servicio público, que no son susceptibles de reversión y, en consecuencia, vencido el plazo contractual, habría que preguntarse qué ocurre con la gestión del servicio, pues el efecto principal de la reversión es precisamente que éste vuelve a manos de la Administración, ya que de no ser así carecería de sentido fijar el plazo de duración, y lo que resultaría más grave todavía, podría conducir a la gestión permanente del servicio por el concesionario, e inclusive a que pierda su carácter de público. Por esa razón pensamos que puede ser objeto de una discusión doctrinaria en este período de liberalización casi absoluto, pero de todas maneras somos partidarios de la tesis que postula la obligación de la reversión de las instalaciones e infraestructuras que permiten el funcionamiento del servicio, sin que la Administración tenga que pagar cantidad alguna por las mismas.

Es cierto que a primera vista puede lucir exagerada la reversión gratuita de las instalaciones y demás bienes necesarios para el funcionamiento del servicio, sobre todo en aquellos casos que requieren

cuantiosas inversiones no sólo para construir las infraestructuras de redes, o mantenerlas y actualizarlas, con la finalidad de disminuir el costo de producción del servicio; sin embargo, hay que tener en cuenta en el análisis del asunto, que cuando se suscribe el contrato se manejan fórmulas matemáticas que permiten incorporar a las tarifas, bien con el precio que pagan los usuarios, o mediante la complementación a través de subvenciones erogadas, y se toman muy cuenta las tasas de inflación, mediante una fórmula de escalación, de tal suerte que las mismas aparecen incorporadas al costo del servicio. Igualmente inciden en ese cálculo tanto la depreciación como los costos de mantenimiento de esas infraestructuras y bienes. De allí que en nuestro criterio, planteada así la situación, la reversión debería considerarse incorporada, aunque no aparezca expresamente, en los contratos de concesión de servicio público.

Inclusive pensamos que una norma en ese sentido debería aparecer siempre recogida, bien en la Constitución o en la Ley especial correspondiente. Y finalmente, si esa es la tesis aceptada en el ordenamiento, luce conveniente e inclusive necesario que mediante Ley se fijen algunos mecanismos que permitan garantizar y mantener los bienes utilizados en el servicio, que en su tiempo deberán revertir a la Administración, con la finalidad de evitar que el concesionario, a sabiendas de las consecuencias de la reversión, en los últimos años descuide su mantenimiento, ocasionando de esa manera serios perjuicios al futuro funcionamiento del servicio público.

Otra forma de poner término a la concesión es mediante el denominado "rescate", figura ésta que permite a la Administración dar por terminado el contrato de manera unilateral antes del vencimiento del plazo establecido, mediante el pago de la indemnización que corresponda. Se trata de una especie de expropiación forzosa por parte de la Administración concedente, aunque algunos autores prefieren hablar más bien de una reversión anticipada, pero por supuesto limitada a la recuperación de la gestión del servicio, mas no a las instalaciones y

bienes utilizados, que constituyen entre otros, los elementos que deben tomarse en cuenta para la indemnización, la cual deberá, dicho sea de paso, no sólo limitarse al daño emergente, sino también al lucro cesante.

La última modalidad para dar por terminado el contrato es la caducidad de la concesión, sobre la base de imputarle al concesionario el incumplimiento grave de las obligaciones estipuladas en el instrumento contractual. No está demás advertir que lo deseable, en aras de preservar el principio de seguridad jurídica, sería que hasta donde resultase posible, se tipificasen los casos de incumplimiento grave de las obligaciones por parte del concesionario, lo que no obsta para que de manera excepcional pueda incorporarse una especie de causal residual, en la cual realmente encuadren casos muy graves no tipificados.

14.9.5. **La huelga en los servicios públicos**. Como expusimos cuando examinamos el elemento de la continuidad y regularidad en el marco de la definición, en sentido estricto, del servicio público, uno de los derechos que inicialmente, basado en el principio de la no interrupción del servicio, soslayado en los ordenamientos fue el derecho de huelga. De modo, pues, que en los primeros tiempos de la consagración del referido derecho, resultó proscrito del ámbito de los servicios públicos. No obstante, las insistentes reclamaciones de los trabajadores, invocando el carácter fundamental del derecho en comento, lograron primero en el plano doctrinal y jurisprudencial, y posteriormente en el del Derecho positivo, específicamente en el texto de las Constituciones, que se reconociese el derecho de huelga en los servicios públicos, reenviando a la Ley la fijación de los parámetros que condicionan dicho ejercicio, por supuesto que modulándolo significativamente con relación al que se ejerce en el ámbito del sector privado.

En términos generales se suele justificar la matización del ejercicio de este derecho en la necesidad de la continuidad y la regularidad del servicio, pero sobre todo es invocado el hecho incuestionable de que la huelga causa más daño al usuario que al patrono, llámese

concesionario o Administración, y que además el daño afecta al usuario en una o en varias situaciones jurídicas esenciales o fundamentales; de allí la necesidad de la disciplina exigida actualmente por la mayoría de las Constituciones.

Pues bien, atendiendo a esa justificación, las leyes reguladoras del derecho de huelga suelen ser articuladas básicamente sobre dos variables, a saber: el concepto de servicio público, y la delimitación de los derechos que resultan afectados por el paro. En ese orden de ideas, cabe revelar la tendencia a utilizar un concepto objetivo o teleológico de servicio público, puesto que se considera como actividad de esa categoría, aquella destinada a satisfacer necesidades colectivas vinculadas a derechos fundamentales, independientemente de la naturaleza pública o privada de la relación de trabajo subyacente. Precisamente la identificación de esos derechos se produce por vía legal, y obviamente puede variar de un país a otro. Así por ejemplo, la Ley sancionada en Italia después de cuarenta años de haber entrado en vigencia la Constitución (L.12 de junio 1990 n.146), vincula la definición de servicio público con el goce y disfrute de los "derechos de la persona, constitucionalmente tutelados, a la vida, a la salud, a la libertad y a la seguridad, a la libertad de circulación, a la asistencia y seguridad social, a la educación y a la libertad de comunicación".

Quedan así acotados legalmente los ámbitos materiales de los servicios públicos en los cuales la huelga únicamente puede ser ejercida dando cumplimiento a expresos parámetros normativos. Esa acotación conduce a la concepción, por ejemplo en Italia, de los denominados "servicios públicos esenciales", pero concebidos en una acepción amplia, que va más allá del artículo 43 de la Constitución de ese país. Es necesario hacer notar que en los servicios vinculados con esos derechos sí existe el derecho bajo examen, pues su negación, comportaría una violación de la Constitución, en la cual se consagra. En ese contexto el primero y más importante de esos parámetros, prácticamente común en todos los ordenamientos, está referido a la

obligación de los trabajadores de mantener funcionando, o no paralizar la parte de los servicios que permite erogar las denominadas prestaciones indispensables o esenciales.

Ciertamente que la identificación puntual de esas prestaciones no suele estar prevista en la Ley, y generalmente para lograrlo se recurre a las convenciones colectivas de trabajo, que es la metodología ideal, pero en ausencia de la misma resulta válido acudir a la normación reglamentaria, con el riesgo de que sean tantas las prestaciones identificadas de esa manera unilateral que a la postre se configure una desnaturalización del derecho de huelga, caso en el cual el instrumento reglamentario podrá ser impugnado por resultar incompatible con la Constitución. Por otro lado, es deseable que bien la aludida identificación se produzca por la vía de la convención colectiva o del reglamento, que se prevea la participación de los usuarios del servicio en ese proceso.

Otro de los requisitos que deben cumplir los trabajadores antes de iniciar el paro es otorgar un preaviso, en el sentido de indicarle a la Administración o al concesionario del servicio, la fecha de inicio de la huelga. Entre la fecha del preaviso y el comienzo del paro debe mediar un lapso que en las distintas leyes examinadas nunca es menor de ocho días. Se justifica el preaviso para permitirle a la Administración adoptar las medidas necesarias con la finalidad de garantizarle a los usuarios la erogación de las prestaciones indispensables, así como que los usuarios planifiquen el uso de servicios alternativos, y sobre todo para que durante ese lapso las partes continúen explorando posibles tentativas de solución del conflicto.

Finalmente, en algunas leyes, como la italiana, se establece la obligación para la organización de trabajadores de comunicarle a la Administración o concesionario el tiempo de duración de la huelga. Hay que destacar un dato normativo muy importante derivado de ese texto legal, que es la creación de una Comisión encargada de garantizar su

ejecución, cuyos miembros son designados por los Presidentes de la Cámara y del Senado entre expertos en Derecho Constitucional, Laboral y en Relaciones Laborales. Dicha Comisión está dotada de una gran independencia e imparcialidad, razón por la cual se ubica en la categoría de las denominadas administraciones independientes, y sus funciones son de naturaleza propositiva, mediadora y de valoración, en el marco del conflicto proyectado o realizado.

En fin, corresponderá a cada ordenamiento que consagre el derecho de huelga en los servicios públicos, establecer los parámetros que permitan su ejercicio, preservando a su vez los derechos fundamentales de los usuarios.

14.9.6. **Los servicios públicos y la libertad económica (libertad de empresa, de industria y comercio)**. La consagración del concepto clásico de servicio público, que como hemos repetido insistentemente comporta la declaración mediante ley de una actividad o sector de actividades como servicio público, y consecuencialmente su reserva para el Estado o sector público, y la exclusión de los particulares de ese ámbito material de actividades ("publicatio"), suscita actualmente dudas acerca de su compatibilidad con el ejercicio de las denominadas libertades públicas, entre las cuales se suele mencionar a la libertad económica, y especialmente a las libertades de empresa y de industria y comercio. En ese orden de ideas, la doctrina ha asumido dos posturas antagónicas: una que postula que el servicio público afecta gravemente a las mencionadas libertades; y otra, que afirma que el servicio público no es más que una institución destinada a lograr la satisfacción efectiva de esas libertades.

Los postulantes de la primera tesis, inclusive refiriéndose a la hipótesis del nivel "publicatio" medio, esto es, cuando el Estado conserva la titularidad de las actividades, pero encomienda la gestión de ellas a los particulares (gestión indirecta, generalmente mediante concesionarios), afirman que no puede existir libertad de empresa o de

industria o de comercio, cuando la Administración detenta los denominados poderes internos de dirección y control de la empresa concesionaria, así como intensos poderes de policía, además de las facultades exorbitantes, propias de los contratos administrativos, dado que la concesión pertenece a ese género contractual. Por esa razón sostienen que esa posición de la Administración conduce en los hechos a una constante interferencia de sus órganos en las empresas de servicio público, que dicho sea de paso continúan siendo privadas, de tal manera que cuando se examina su funcionamiento comparándolo con otras empresas privadas no vinculadas a la gestión de este tipo de servicios, se nota inmediatamente la clarísima reducción del radio de autonomía y libertad de las primeras (empresas de servicio público).

En ese orden de razonamiento, como ha sido expuesto precedentemente, en toda concesión de servicio público, a pesar de su naturaleza de contrato administrativo, y de sus propias peculiaridades administrativas, se configura una situación de poder de la Administración y una situación de deber del concesionario, reflejada en una serie de obligaciones de éste, aunque muchas de ellas puedan no estar contenidas en el contrato, y en el conjunto de facultades y prerrogativas de la concedente. Por tanto, no se requiere hacer ningún esfuerzo interpretativo para entender, conforme a los postulantes de esta tesis, que las empresas ven sensiblemente disminuida, o casi conculcada su autonomía, y en definitiva casi todas las facultades en que se desagrega la libertad de empresa, y de industria y comercio.

Ha de advertirse que la intervención de la Administración en las empresas de servicio público, que se traduce esencialmente en actividades de dirección y control, también ocurre en países en los cuales la doctrina del liberalismo económico, se eleva casi a la categoría de dogma. Es el caso de Estados Unidos, país en el cual, según narra ARIÑO (2001) "en las *public utilities* norteamericanas se han planteado también constantes acciones de las empresas (en concreto, las eléctricas) que demandaban a los jueces frente a las constantes intromi-

siones de las Comisiones Reguladoras en la gestión de aquéllas". La cuestión se planteaba en los siguientes términos: "si la autoridad administrativa tiene que aprobar las tarifas y éstas tienen que reflejar los costes, es lógico que la Administración tenga facultad para examinar éstos y, en su caso, desaprobar algunos: por ejemplo, la existencia de un economato o una guardería infantil de la empresa, una residencia veraniega, un excesivo número de automóviles de representación o sencillamente unos sueldos demasiado generosos de los directivos. Igualmente la Administración debe conocer y regular las fuentes y las condiciones en que la empresa obtiene financiación, la estructura de capital que posee, las amortizaciones que practica, el sistema contable que debe seguir, el índice de reposición del material, los precios que paga por los suministros (para evitar pactos colusorios y beneficios indirectos, vías filiales, y otras facetas que podrían seguir enumerándose y que constituyen justamente **el contenido de las funciones de dirección de la empresa**").

Queda demostrado, a la luz de la transcripción anterior, que la intervención en la dirección de las empresas concesionarias de servicios públicos, que origina la tesis que postula la lesión grave a la libertad de empresa y de industria y comercio, también opera en la cuna de la denominada economía de mercado, como lo es Estados Unidos. Por supuesto que ello no constituye un argumento que por sí solo permita desvirtuar la posición asumida por quienes preconizan la incompatibilidad entre los servicios públicos y las libertades públicas indicadas, pero en cambio sí revela con mucha fuerza la magnitud del problema, puesto que a diferencia de lo que ocurre en Europa, mediante la metodología del control de las tarifas, y sin necesidad de acudir a la noción del contrato administrativo, se llega a la misma solución prevista en los ordenamientos europeos, lo que podría servir a quienes propugnan la tesis de la incompatibilidad para reafirmarla .

No obstante, el otro sector de la doctrina que niega tal incompatibilidad, parte de la premisa de que el servicio público es una técnica o

institución, también de progenie constitucional, que permite el pleno ejercicio del derecho de igualdad, en lo tocante a la recepción por parte de los usuarios de prestaciones de actividades calificadas como de interés general, logrando de esa manera la Administración Pública la tutela de derechos constitucionales específicos (a la salud, a la educación, a la seguridad ciudadana, etc.), que le encomienda el ordenamiento jurídico. En ese orden de razonamiento, los postulantes de esta tesis han refutado el argumento atinente a la violación de la libertad de empresa, señalando que se pretende darle preeminencia a ésta, frente a otras libertades públicas o derechos fundamentales, como el de igualdad, a la salud, a la vida, etc., cuando en casi todos los ordenamientos estos últimos (derechos fundamentales), aparecen conceptuados desde el punto de visto objetivo representando valores superiores del ordenamiento jurídico, los cuales deben ser preservados otorgándole primacía frente a otros valores contenidos en otros derechos, también consagrados en la Constitución, como sería el caso de la libertad de empresa y de industria y comercio.

En otros términos, si de lo que se trata es de resolver el eventual conflicto que se presenta entre la libertad de empresa y de industria y comercio, y las libertades públicas implicadas en la prestación de los servicios públicos, como éstas en la mayoría de los casos representan valores superiores del ordenamiento constitucional, deberían primar sobre las otras libertades, como la libertad de empresa y de industria y comercio. Precisamente basado en esa primacía se justificaría la actuación de los órganos y entes del sector público, en los términos indicados, por supuesto sin llegar a sacrificar las indicadas libertades, pero sí limitando algunas de las facultades en que ellas se desagregan, siempre con la finalidad de lograr las prestaciones efectivas –en el marco del principio de igualdad– implicada en los servicios públicos.

En ese mismo sentido, J. CHEVALIER, citado por CHINCHILLA (1991), sostiene que es un error oponer como una dicotomía, servicio público y libertades públicas, pues “si bien es verdad que el

servicio público afecta siempre de alguna manera a la libertad de comercio e industria, lo hace en nombre de la salvaguarda de otras libertades, de valor superior; lejos de ser necesariamente incompatible, la creación de un servicio público supone en la mayoría de los casos la conquista de nuevos derechos y libertades".

Se insiste en que la modulación o limitación de las libertades de empresa, y de industria y comercio, en el marco del concepto clásico de servicio público, obedece a que la declaración de una actividad como tal servicio, por la Ley, cualquiera que sea el nivel de "publicatio" que ello implique, impone al Estado la obligación ineludible de prestarlo a todos los ciudadanos, de manera regular y continua. De modo, pues, que cuando se concede la gestión a una empresa privada, de todas maneras se mantiene esa obligación del Estado, sencillamente por ser el titular de la actividad y, desde luego, siendo que esa actividad está íntimamente conectada con la satisfacción de necesidades de interés general, la Administración concedente debe reservarse una serie de poderes en la relación contractual que establece con el concesionario, para precisamente garantizar el cumplimiento de esa obligación que nace con la aludida declaración de servicio público.

De allí pues, que el ejercicio de esos poderes de intervención sobre la dirección de la empresa de servicio público, en realidad constituye un elemento esencial de la prestación del servicio bajo el régimen de concesión, derivado del propio texto constitucional, cuando éste es interpretado concordadamente, utilizando como parámetro hermenéutico la existencia de valores superiores del ordenamiento jurídico, contenidos en derechos fundamentales, como la igualdad, la salud, la vida, etc., cuyo disfrute real está asociado, la más de las veces, a la existencia y funcionamiento real de los servicios públicos.

Pero si bien los poderes de intervención del Estado sobre la empresa de servicio público constituyen un elemento esencial en la prestación del servicio en un régimen de concesión, razón por la cual no

se configuraría la incompatibilidad alegada por una parte de la doctrina, es necesario reconocer que dichos poderes no revisten carácter ilimitado, esto es, que la Administración no puede discrecionalmente imponerle obligaciones y deberes que no estén en función del logro efectivo, continuo y regular de la prestación del servicio; de allí que aquellas obligaciones que no respondan a las verdaderas necesidades exigidas por el servicio, serán arbitrarias, razón por la cual estarán excluidas de los mencionados poderes. En ese caso, por supuesto, que se producirá una incompatibilidad entre el servicio público y la libertad de empresa y la libertad de industria y comercio. En fin, guardando el equilibrio derivado de la pertinencia del ejercicio de los poderes de la Administración sobre la empresa de servicio público, es posible suscribir la tesis de CHINCHILLA (1991), cuando expresa "... no me parece que el servicio público sea enemigo de los derechos y de las libertades de los ciudadanos, sino más bien puede llegar a ser la garantía del disfrute de los mismos en términos reales y de igualdad".

14.10. **El denominado "nuevo" servicio público, o el concepto contemporáneo del servicio Público**.

14.10.1. **Planteamiento del problema: Muerte, supervivencia o transformación del servicio público**. Es necesario recordar que el nacimiento del Estado de Derecho con el advenimiento de la Revolución Francesa, sobre la base del postulado económico del liberalismo, originó una Administración caracterizada porque su actividad estaba reducida al mantenimiento del orden público (policía administrativa), a la defensa exterior y a la construcción de algunas obras, pues todo el resto de las actividades quedaba a cargo de los particulares, dando aplicación de esa manera al postulado del "dejar hacer dejar pasar", y dejando, puede decirse en términos actuales, que el "mercado" se convirtiera en el instrumento básico de regulación de las referidas actividades. Ese tipo de Estado se equiparaba a lo que hoy una parte de la doctrina denomina bajo otra perspectiva "Estado mínimo".

Es sabido que en los últimos años del siglo XIX se inicia en casi todos los países europeos, debido a la crisis de la democracia y del Estado de Derecho surgido al calor de la Revolución Francesa, causada básicamente por las ingentes reclamaciones de derechos de carácter social formulada por los ciudadanos, la búsqueda de soluciones tendientes a superar dicha crisis. Es así como se retoma a comienzos del siglo XX la idea del Estado **Social**, que conduce a darle contenido social al Estado, esto es, se erige a la Administración Pública en la responsable de dar a los ciudadanos los bienes y servicios necesarios que les permitan una existencia digna.

Por otra parte, como dijimos en páginas anteriores, el punto de inflexión histórico que permite formular un concepto jurídico de servicio público puede colocarse en la sentencia "Arret Blanc" dictada por el Tribunal de Conflictos Francés en 1873, y es precisamente en Francia donde el desarrollo doctrinario sobre esta forma de actividad adquiere mayor relevancia, al punto que el servicio público bajo la influencia de las tesis de Duguit llega a convertirse en el elemento básico sobre el cual se construye el concepto de Derecho Administrativo. Pero retomando el hilo de la exposición, cabe señalar que si bien la formulación doctrinaria sobre los servicios públicos antecede a la del Estado Social, no cabe duda que la primera resulta esencial para tornar operativa a la segunda.

En efecto, con la consagración implícita del Estado Social, pues la expresa se produce en las Constituciones europeas promulgadas después de la Segunda Guerra Mundial, los servicios públicos cobran una inusitada relevancia jurídica y política, inclusive se llega a hablar del Estado de los servicios públicos, para oponerse al concepto de Estado, fundamentado exclusivamente en la soberanía o en el poder. Tal situación condujo a la recepción en las Constituciones y las leyes del concepto examinado en las páginas anteriores, es decir, montado casi exclusivamente sobre la idea de la "publicatio", produciéndose de esa manera la monopolización de un conjunto de actividades de orden económico y social por parte del Estado, y la total exclusión de las

mismas de la esfera de actuación de los particulares, como lo explicamos precedentemente.

Esa concepción se mantuvo en Inglaterra hasta la década de los ochenta, cuando se imponen las denominadas "public utilities", y en el resto de Europa hasta los primeros años de la década de los noventa, cuando se inicia una profunda transformación de la misma, viabilizada mediante las Directivas de la entonces Comunidad Económica –hoy Unión– Europea. Es preciso advertir que la aludida transformación encuentra su basamento en los efectos originados en la implantación del modelo clásico de servicio público durante mucho tiempo, el cual dio lugar a los servicios públicos en régimen de monopolio u oligopolio en cada país; y en consecuencia, a servicios y empresas públicas, o de titularidad pública gestionadas por concesionarios que conducían a la supresión de la libre competencia, lo que a su vez causaba un notable estado de retraso e ineficiencia de las empresas que operaban en los sectores económicos, en comparación con las empresas norteamericanas y japonesas.

Precisamente es en el marco de ese proceso de transformación donde surge la discusión acerca de la muerte de los servicios públicos, sostenida por algunos autores, y la supervivencia de los mismos sostenida por otros, sobre todo franceses, pero que también a la postre admiten la necesidad de su transformación manteniendo la esencia del concepto, que no es otra que la satisfacción de necesidades vitales de la comunidad. De modo, pues, que en realidad estamos frente a una tesis radical que propugna la erradicación de los servicios públicos, y otra que admite su transformación sustancial, mientras se preserve el núcleo de la institución.

Cabe señalar sucintamente que la primera tesis (muerte del servicio público) aparece sustentada por sus partidarios en el contexto de la globalización o mundialización, que impondría sendos procesos de liberalización y privatización en el máximo grado previsible, los cuales tendrían como efecto la renuncia o transferencia por el Estado a los

privados de todos los sectores económicos fundamentales (telecomunicaciones, gas, electricidad, transportes, etc.), bajo un régimen en el cual las empresas tendrían tanto la iniciativa como el control de esos sectores. En un momento posterior se transferirían servicios sociales como educación, salud y previsión social. De esa manera las reglas de la competencia y del mercado sustituirían a las reglas contenidas en las leyes, concernientes a los títulos de intervención administrativa, y por consiguiente, se configuraría el "**Estado Mínimo**" predicado por algunos, lo que al final podría conducir, en nuestro criterio, a una especie de gobierno mundial de las transnacionales, las cuales impondrían reglas de mercado que inclusive dejarían atrás el viejo y consolidado principio de la territorialidad de la Ley.

Sin dudas que la tesis anterior, expuesta en forma muy sucinta, resulta altamente extremista, y quizás justificaría el mote con que la han denominado en ciertos sectores políticos: "neoliberalismo salvaje". Más aún, quizás el ejemplo más emblemático en ese sentido, por lo menos en lo que a privatización se refiere, es Argentina, y para todo el mundo es conocida la terrible situación económica y social que vive actualmente ese país. De allí que reconociendo la existencia inocultable de la globalización, así como de los crecientes procesos de liberalización y privatización de los sectores económicos en una gran cantidad de Estados, ello no puede comportar de ninguna manera la muerte de los servicios públicos, cuya prestación continúa siendo esencial para lograr la preservación de la dignidad de los ciudadanos, sino más bien una transformación del concepto, en el ámbito de la libre competencia, pero conservando las notas básicas del concepto clásico antes enunciadas, bajo nuevas formas de intervención de la Administración, tendientes a garantizar dicha prestación.

Precisamente esa es la tesis que se ha impuesto en los países europeos y que ha dado origen al "nuevo" servicio público, que a continuación pasamos a estudiar, pero antes no está demás recordar que en la cuna del liberalismo, la privatización y la libre competencia,

como lo es Estados Unidos, país en el cual están altamente desarrolladas las "public utilities", existe de todas maneras una potestad de reglamentación con la finalidad de establecer un equilibrio entre los intereses de los usuarios de los servicios y los intereses de las empresas que los prestan, que es ejercida por las denominadas Comisiones Reguladoras Independientes. En fin, ningún ejemplo real demuestra la viabilidad de la tesis de la "muerte del servicio público", y por el contrario muchos ejemplos apuntan hacia su supervivencia, aun en medio de los procesos de globalización, liberalización y privatización actuales, desde luego a partir de la valoración de esos nuevos supuestos, que conducen a armonizar la libre competencia con el contenido social del concepto de servicio público.

14.10.2. **Síntesis acerca de las "public utilities" americanas**. Antes de comenzar a exponer las características del nuevo servicio público, sobre la base del modelo europeo, consideramos conveniente enumerar brevemente las características de estas figuras, las cuales, dicho sea de paso, tienen una configuración semejante en Gran Bretaña, y ambas sirven de modelo, con las naturales adaptaciones, a la transformación que se está produciendo en la Unión Europea. Pues bien, las "public utilities" son definidas como servicios esenciales para el crecimiento o desarrollo económico, lo que revela que en la base de dicha definición aparece la variable económica, pues implican el desarrollo de actividades únicamente de carácter económico, que obviamente tienen un papel preponderante en la economía del país, pero también social, porque no cabe ninguna duda acerca de la importancia que tienen el transporte, las telecomunicaciones, la energía y el agua, entre otros, en el funcionamiento normal de las sociedades modernas; de allí el carácter esencial de esas actividades; y de allí que pese a los postulados de la libre competencia, de la desregulación, y de la privatización, de todas maneras deben estar sujetas a un especial régimen jurídico, distinto al ordinario.

Así lo reconoció tempranamente el Tribunal Supremo de ese país en varios fallos, inclusive se cita como el primero de ellos, uno dictado

en el año 1877, denominado como "Munn v. Illinois" , pero nos limitamos a reseñar el denominado "Nebia v Nueva York" dictado en 1934, en el cual dicho Tribunal declaró que el Estado tiene potestad para apreciar cuando la actividad de una empresa afecta al interés público y **debe ser regulada**. Pero al mismo tiempo afirmó que como esa regulación puede llegar a afectar a la propiedad, debe necesariamente respetar ciertas garantías, entre las cuales señala la necesidad de que la ley regulatoria no sea irracional o arbitraria, y que los medios utilizados para ejercer el control guarden la debida congruencia sustantiva con la finalidad perseguida con la regulación.

Precisamente para tornar efectivo el principio de la libre competencia en el marco de la especial regulación derivada de la sentencia transcrita, se ha optado en Estados Unidos por crear las denominadas Comisiones o Agencias Independientes, a las cuales corresponde otorgar la autorización a las empresas, de entrada a la actividad, así como la regulación y control de la misma. Dichas Agencias que han sido creadas en los respectivos sectores económicos, están dotadas de funciones reglamentarias y cuasijurisdiccionales, en virtud de que tienen atribuida competencia para resolver recursos, imponer sanciones, revocar autorizaciones, etc., cuyo ejercicio está en función de la tutela del interés público. Precisamente como lo que se pretende es conciliar los intereses de las empresas en régimen de libre competencia, con los intereses de los usuarios, la idea de crear Comisiones Independientes apunta hacia la concreción de ese equilibrio, sobre la base de la independencia que acompaña a dichos órganos, los cuales no están sujetos a ningún tipo de control por parte de la Administración Pública. La independencia se configura en la selección de los integrantes de los órganos, los cuales tienen un lapso fijo de mandato y deben reunir determinadas cualidades subjetivas (capacidad profesional, experiencia en el área, etc.).

En fin, con la reseña sucinta acerca de las "public utilities" americanas, queda demostrado que en el fondo de las mismas late la idea de la esencialidad de las actividades que ellas desarrollan para la

satisfacción de las necesidades colectivas, que es propia del concepto de servicio público elaborado por la doctrina europea, pues no puede ser otra la razón que en una economía hiperliberalizada, presidida por el principio de la libre competencia extremado al máximo posible, permita la regulación y el control de las empresas prestadoras de servicio público en el sentido antes indicado.

Finalmente, es preciso señalar que existen diferencias evidentes y notables entre las concepciones americana y europea de servicio público. En tal sentido, MUÑOZ MACHADO (1998) citando a STOFFAES ha señalado las siguientes: "Los Estados Unidos han descubierto las especialidades del servicio público a partir de una aproximación liberal –contra el Estado–. En la mayor parte de los países europeos la configuración del servicio industrial y comercial se ha hecho, apoyado en la doctrina francesa, a partir de la concepción regaliana del poder público: como una prestación debida por el Estado a los ciudadanos. En cumplimiento de esta obligación se organizan prestaciones de las que es titular el Estado, sometido a reglas de Derecho Público, y que se gestionan directamente o bajo su control".

14.10.3. **Las características del nuevo servicio público.**

14.10.3.1. **La base del nuevo servicio público: La eliminación de la "publicatio"**. Recordamos que la base jurídica fundamental del concepto clásico de servicio público es la publificación de la actividad del correspondiente sector ("publicatio"), lo que implica la existencia de un monopolio a favor del Estado, y la vigencia de un régimen jurídico intervencionista, que atenúa, por decir lo menos, las libertades de empresa y de industria y comercio. Se ha dicho que precisamente esa especie de camisa de fuerza, constituida por las prerrogativas del Estado y por los poderes internos de dirección de éste sobre las empresas concesionarias, anula totalmente a la libre competencia. Así mismo los monopolios naturales o artificiales en determinados sectores de la economía han conducido, bajo ese régimen, en

primer lugar a un servicio ineficiente, con altos costos; y en segundo lugar, a un rezago del desarrollo industrial y comercial de los países, cuando se comparan con aquellos en los cuales rige la libre competencia. Además el costo de las redes e infraestructuras de los grandes servicios públicos, en lo tocante tanto a su construcción, como a su mantenimiento y modernización se han hecho insostenibles para la Administración; de allí entonces los crecientes procesos de privatización, que van acompañados de los correspondientes procesos de liberalización, pues de lo contrario se pasaría de un monopolio público a un monopolio privado, con las mismas consecuencias antes señaladas.

Debe quedar muy claro en el contexto de la tesis de la transformación del servicio público, que la eliminación de la "publicatio" no significa de ninguna manera la erradicación del concepto de servicio público, el cual sigue siendo una obligación del Estado, como en su tiempo lo señaló Duguit, razón por la cual debe ser tutelado y dirigido por éste. En efecto, se trata de crear un régimen jurídico cualitativamente distinto al anterior, inscrito en el marco de la libre competencia, destinado a desregular, o mejor a neorregular, el nuevo servicio público sobre bases que tiendan a incentivar la competencia, de manera que las empresas privadas operen más eficientemente, obteniendo una mayor cuota de mercado o un mayor beneficio, lo que redundará en el mejoramiento del servicio y en un precio justo del mismo, derivado de la vigencia de una competencia real y efectiva. En fin, el nuevo concepto, como sostiene VILLAR EZCURRA (1999), comporta la sustitución de la "publicatio" de la actividad por una regulación, o mejor neorregulación, muy intensa de la misma ("ordenatio"), sin que ello implique –insiste dicho autor– la prescindencia de la expresión servicio público.

14.10.3.2. **El régimen de libre competencia ("ordenatio")**. Es necesario reiterar para la mejor comprensión del asunto, y para rebatir la tesis del denominado "Estado Mínimo", que la eliminación de la "publicatio" y la sustitución por la "despublicatio", no significa que las

empresas que realicen las actividades del servicio liberalizado van a imponer libremente las reglas del mismo, sin tomar en cuenta el núcleo esencial del servicio público, pues por el contrario se sustituye el régimen de la intervención en la dirección de las empresas, propio del servicio clásico, en la fijación de las tarifas, en el nivel de producción, en la planificación, en el régimen contable, etc., por el de la libre competencia que implica la exclusión total de todo ese tipo de intervenciones, es decir, del control del sistema y de los operadores, a los fines de promover la competencia y de proteger los intereses de los usuarios.

De modo pues, que el nuevo servicio público aparece montado o construido sobre dos coordenadas: la libre competencia y la ordenación, pudiendo considerarse la libre competencia como el elemento básico o primario, no obstante requiere imprescindiblemente de la "ordenatio", o del régimen jurídico regulador del Estado, ya que únicamente puede defenderse el referido postulado de la libre competencia, bien creándola, bien perfeccionándola, bien sustituyéndola en el caso de los denominados monopolios naturales. Por supuesto, que si la ordenación de los respectivos sectores de actividades proviene del Estado, ella no sólo persigue la indicada finalidad de promoción de la competencia, sino también la tutela del interés general, mediante la imposición en cabeza de las empresas de las denominadas "obligaciones de servicio público", que en la Unión Europea encuentran su concreción más emblemática en el "**servicio público universal"**. Y ello tiene que ser así, porque pese a que el servicio se gestiona en el contexto de la libertad de empresa, se mantiene la responsabilidad del Estado en lo atinente al núcleo esencial del servicio, traducido en el servicio público universal, e inclusive nada obsta para que el logro de ese objetivo implique la financiación parcial por parte de la Administración Pública.

14.10.3.2.1. **La necesidad de separar las actividades en cada sector**. Sostiene ARIÑO (2001) que un presupuesto básico para la promoción de la competencia es la desintegración vertical de las actividades competitivas y no competitivas en cada sector, con la

finalidad de identificar las distintas fases o segmentos del negocio de que se trate, “en las que casi siempre es posible distinguir las actividades potencialmente competitivas (los servicios singularizados prestados por los diversos operadores en competencia) y las actividades no competitivas (infraestructuras esenciales de uso común)”. En esa línea argumental, el mismo autor coloca como ejemplo el caso del transporte aéreo, en el que son separables las flotas, los servicios y las rutas, de las necesarias infraestructuras terrestres, servicios comunes a las diversas compañías (aeropuertos, centros de control de tráfico aéreo, etc.).

Este presupuesto necesario para tornar operativa la libre competencia, apunta hacia el establecimiento de la diferencia entre las actividades competitivas y no competitivas, con la finalidad de establecer para cada una de ellas un régimen jurídico distinto, e igualmente hacia la vigencia del principio de transparencia informativa, el cual permite evitar las subvenciones cruzadas entre los diferentes servicios. Sin embargo, el logro del establecimiento de regímenes jurídicos diferenciados destaca por su importancia, dado que las actividades competitivas se abrirán al mercado, y por ende, a la libre competencia; en cambio, las no competitivas serán reguladas por la Administración, dado que se trata del acceso a las infraestructuras esenciales.

Es necesario aclarar que en principio la separación de actividades es conceptual, y no necesariamente jurídica o accionarial, porque de lo que se trata es básicamente de la identificación de la naturaleza de las actividades para poder establecer los regímenes jurídicos correspondientes. Una vez dado ese paso, es necesario hacer la separación contable de ambos tipos de actividades, privilegiando de esa manera el principio de transparencia informativa, lo que evita, como expresamos antes, los subsidios cruzados y consecuencialmente la competencia desleal.

Queda demostrado entonces que sin separación de actividades no resulta posible la libre competencia, y por ende, la concreción del nuevo servicio público, pues atendiendo a la instauración de cada

régimen jurídico, en un caso predominará el mercado (actividades competitivas), por supuesto que ordenado por la Administración, y en el otro predominará la regulación clásica ajustada a la libre competencia (actividades no competitivas), desde luego con mecanismos que no incidan sobre otras fases del negocio o actividad.

14.10.3.2.2. **Régimen jurídico de las actividades competitivas**.

14.10.3.2.2.1. **La libertad de entrada**. La doctrina española señala cuatro libertades que concretan el régimen jurídico de las actividades competitivas, a saber: **libertad de entrada, libre acceso al mercado, libertad de contratación y formación competitiva de los precios y libertad de inversión**. La primera alude al desarrollo de la libre iniciativa económica, en el sentido de que todo aquel que reúna los requisitos tendrá derecho a intervenir en el sector. O sea, que no existe ningún tipo de restricciones para la actuación de los interesados. No obstante, en el marco de la "ordenación" que rige a la libre competencia, se requiere para poder iniciar la actividad una autorización, que el sector de la doctrina que le otorga una primacía máxima a la libre competencia, considera que se trata de un acto reglado, limitado a la constatación de la existencia de las condiciones técnicas, económicas, etc., exigidas por el correspondiente texto legislativo.

En cambio, otro sector de la doctrina, que aun reconociendo la importancia de la libre competencia, postula la transformación del servicio público, sobre la base de la armonización de la libre competencia con el interés general, mediante la creación de obligaciones de servicio público, le da un carácter distinto. Hay que aclarar que el operador en este caso no realiza una actividad de servicio público, como ocurre cuando está regida por la "publicatio", pues en los sectores donde opera la "despublicatio" no existen realmente actividades de servicio público. Al respecto sostiene VILLAR EZCURRA (1999) "Lo que sucede es que debe modificarse la perspectiva bajo la

cual se otorga contenido al concepto de servicio público y dejar de considerar que se trata de algo tangible y perfectamente identificable como puede ser una actividad (la telefonía, el suministro de energía eléctrica, el correo). En los sectores liberalizados ya no existirán actividades de servicio público, sino formas de prestación de esa actividad al modo (o con obligaciones) de los servicios públicos".

El carácter distinto a que alude el otro sector doctrinario, radica en que considera que la autorización requerida para iniciar actividades no es la que habilita únicamente para realizarlas, sino que además esa habilitación impone las obligaciones de servicio público. En realidad es una autorización de las que en doctrina se denominan "operativas", porque originan un vínculo cuasicontractual que crea obligaciones para la Administración y el solicitante de la autorización, razón por la cual la Administración se mantiene vigilante durante todo el tiempo que dura la actividad autorizada. La característica más resaltante de este acto de la Administración suele ser el establecimiento en el mismo de las obligaciones de servicio público a los operadores, lo que muchas veces no es más que una reiteración las contempladas en términos generales en el correspondiente instrumento normativo.

Conviene hacer notar que en algunos ordenamientos los términos de la autorización la aproximan a la concesión. Así por ejemplo, la Ley General de Telecomunicaciones Española contempla en su artículo 84 el "ius variandi", característico de la concesión y en definitiva de todo contrato administrativo, y en su artículo 21.2., en caso de que el número de licencias sea limitado, prevé la selección mediante un procedimiento de licitación, conforme a la Ley respectiva. De modo, pues que no existen fórmulas inflexibles para la recepción de esta figura en los instrumentos normativos, sino más bien principios sobre su naturaleza y finalidad.

Es necesario advertir que la autorización es el título habilitante para el acceso de los operadores a las actividades liberalizadas, y a la vez la técnica de intervención básica utilizada por la Administración

Pública en los sectores económicos liberalizados, para controlar el referido acceso a los mismos (libertad de entrada); pero lógicamente el régimen de las mismas admite matizaciones importantes no sólo entre los países, sino entre los sectores liberalizados en un mismo Estado. En la búsqueda de la uniformidad que propicie la libre competencia en los países de la Unión Europea, el órgano competente de la misma dictó el 10 de abril de 1997 la Directiva 97/13, en la cual aparecen consagradas dos modalidades de la autorización: a) la autorización general; y b) la licencia individual.

El artículo 2.1.a) de esa Directiva define a la primera como "toda autorización ... que no exija a la empresa autorizada que recabe una decisión expresa de la autoridad nacional de reglamentación antes de ejercer los derechos que se derivan de la autorización", y la licencia individual es, "toda autorización concedida por una autoridad nacional de reglamentación que confiera derechos específicos a una empresa o que imponga a dicha empresa obligaciones específicas que complementen, cuando proceda, la autorización general, cuando la empresa no pueda ejercer dichos derechos hasta que se le haya comunicado la decisión de la autoridad nacional de reglamentación". De la norma transcrita se colige la intención de sentar lineamientos generales uniformes en todos los países de la Unión en torno a la libertad de entrada, que es una de las que integran el régimen jurídico del nuevo servicio público, tratando así de evitar las divergencias que se dan en el marco de la doctrina, y que puedan trasladarse a los respectivos ordenamientos.

14.10.3.2.2.2. **El libre acceso al mercado**. Esta libertad implica garantizarle a los operadores el acceso al mercado, sin que medie ningún tipo de restricciones, pero sobre todo el acceso a las estructuras e instalaciones básicas para la realización de las actividades. En otras palabras, se trata de que el efectivo acceso a las redes es condición necesaria para que se produzca la libre competencia en la correspondiente oferta de servicios. Ha de advertirse para la mejor

comprensión de esta libertad, que casi todos los grandes servicios públicos descansan sobre un conjunto de infraestructuras físicas, tales como redes eléctricas, redes de telecomunicación, oleoductos, redes ferroviarias, estaciones, aeropuertos, etc., las cuales casi siempre se configuran como un monopolio natural, definido por ARIÑO (2001), como "aquella situación en que **una sola empresa** puede producir el **ouput** deseado a menor precio que cualquier combinación de dos o mas empresas".

Pues bien, a la luz de la anterior exposición no cabe duda que en el régimen jurídico de las actividades no competitivas debe necesariamente quedar regulada esta libertad, mediante el establecimiento de los parámetros para el acceso a las redes sin ningún tipo de discriminación, lo que suele lograrse mediante la sanción del Estatuto Jurídico de las redes. Este instrumento, según ARIÑO (2001) debe disciplinar las siguientes situaciones: a) que el manejo del sistema de redes debe estar separado del resto de las operaciones en que se concreta el servicio. Tal separación debe ser jurídica (accionarial), de tal manera que exista una diferencia en el sentido indicado, y lógicamente de intereses, entre el titular de la red, y los titulares de la actividad; b) el acceso propiamente dicho a las redes impone determinar en el Estatuto: quiénes pueden tener el acceso, bajo qué requisitos, el mecanismo de establecimiento de los precios, los medios de solución de conflictos y los órganos competentes. Quizás el aspecto más neurálgico de lo antes mencionas tiene que ver con la fijación de los precios, en virtud de que el Estatuto puede optar por establecer la regulación sobre elementos objetivos relativos a los costos, pero también puede preceptuar que el costo de conexión o de utilización de la infraestructura, sea negociado entre el operador y el titular de la red.

Por supuesto que tanto el incumplimiento de los requisitos para el acceso a la red, como la fijación de un precio exagerado por el uso, pueden dar lugar a la denegación del acceso, suscitándose de esa manera un conflicto entre el titular de la red y el operador de la otra fase

del negocio. A los fines de resolver ese tipo de conflicto, la tendencia es la creación mediante Ley de los denominados órganos o autoridades independientes de regulación, quienes como lo veremos más adelante tienen potestades cuasijurisdiccionales y arbitrales.

Cabe hacer notar que esta nueva concepción del servicio público construida sobre la base de la libertad de competencia, ha conducido a afectar inclusive a los atributos del derecho de propiedad en el caso de las estructuras esenciales que permiten la prestación del servicio, pues se impone al propietario coactivamente –desde luego mediante Ley o instrumento de rango legal– la obligación de permitir el uso de las mismas por parte de los operadores, siempre que ello conduzca a perfeccionar las reglas competitivas del mercado, o a crear el escenario para que se inicie la competencia. Sin dudas que el uso es uno de los atributos exclusivos del derecho de propiedad, el cual queda atenuado en el sistema bajo examen, porque inclusive puede accederse al referido uso de la red por los operadores, aun contra la voluntad del propietario de la misma.

Finalmente, es necesario aclarar que el libre acceso al mercado, y más concretamente a las redes y las infraestructuras esenciales para la prestación de los servicios, que en principio son de uso común, es una libertad que forma parte del régimen jurídico de las actividades no competitivas, pero que como hemos visto aparece estrechamente vinculada al nuevo **modelo de regulación de las actividades competitivas**, puesto que de no disciplinarse el acceso a las mencionadas redes, la libertad de mercado predicada en las actividades competitivas, se tornaría nugatoria.

Lo expuesto en los párrafos anteriores demuestra que no va a ser fácil declarar la "defunción" del servicio público, ni aun en países donde se produzcan sendos procesos de liberalización y privatización en sus grados extremos, en virtud de que siempre el Estado tendrá la obligación ineludible de preservar el núcleo esencial del concepto del servicio

público tradicional: la tutela del interés general, y ello requiere, como ha quedado demostrado, que tanto en las actividades competitivas como en las no competitivas la Administración establezca reglas de funcionamiento y operación, ciertamente bajo una nueva perspectiva (libre competencia), pero siempre en esas reglas deberán estar contenidas mayores o menores potestades de control, a los fines de garantizar la tutela del interés general que le impone la Ley.

14.10.3.2.2.3. **La libertad de contratación y de formación competitiva de los precios**. Esta libertad alude a la garantía que debe quedar consagrada en las normas regulatorias para que todos los operadores puedan actuar sin ningún tipo de restricciones en el mercado, quedando únicamente sujetos a las limitaciones generales estatuidas en el ordenamiento, las cuales deben afectar por igual a todos. Se trata en concreto, de que la empresa pueda libremente comprar, vender, importar, exportar, extenderse a nuevas áreas y, en definitiva, realizar todos los actos que constituyen su objeto. Comprende también esta libertad la fijación de los precios del servicio, que en criterio de la doctrina siempre será más seguro que la fijación unilateral por parte de la Administración, basada en el estudio de costos de producción. Por supuesto que esta libertad (fijación de precios) procede siempre y cuando haya un mínimo de competencia y los usuarios puedan optar entre varias ofertas.

14.10.3.2.2.4. **La libertad de inversión**. Como su nombre lo indica, esta libertad significa que las empresas operadoras no quedan sujetas a un plan central de inversiones aprobado por la Administración con carácter vinculante, el cual sirve de base para determinar las tarifas que también deben ser aprobadas por la Administración, como ocurre con los servicios públicos clásicos, sino por el contrario, que ellas pueden libremente planificar sus inversiones, siendo el logro de la rentabilidad derivada de esa planificación por su cuenta y riesgo. Esta libertad también impide la limitación de ganancias y pérdidas.

El análisis sucinto de las cuatro libertades señaladas por la doctrina como elementos esenciales del régimen jurídico de los servicios públicos liberalizados, demuestra que el correspondiente Estatuto no podrá excluir a ninguna de ellas, so pena de distorsionar la libre competencia, la cual, como hemos dicho, constituye uno de los pilares fundamentales de la nueva concepción del servicio público.

14.10.4. **El servicio universal**. Reiteramos que la liberalización y privatización de los sectores de actividades de servicio público, y en fin su "despublicatio", se inscribe en el marco de la potenciación de una economía de mercado, regida por las leyes de la libre competencia, razón por la cual al producirse la referida liberalización el Estado pierde la reserva de dichas actividades, esto es, tanto su titularidad como su gestión directa o indirecta. No obstante, lo que en el marco de un Estado Social de Derecho le está prohibido a la Administración Pública es abdicar al contenido social, que constituye el núcleo del concepto de servicio público (la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos en forma regular y continua, y sin ningún tipo de discriminación). Ante esa prohibición de renunciabilidad que es de orden constitucional, cuando se abren los mercados a los grandes servicios públicos (liberación y privatización), la ordenación que compete al Estado debe ciertamente propiciar la creación y el perfeccionamiento de la libre competencia, pero al mismo tiempo con la finalidad de preservar el referido contenido social del servicio, debe igualmente en ese proceso ordenatorio establecer obligaciones a los operadores, denominadas "obligaciones de servicio público", dentro de las cuales destaca la creada por el Derecho Comunitario Europeo bajo el nombre de **servicio universal**.

En efecto, el principio de un mercado perfecto conduce a postular que el juego de sus reglas origina servicios universales, es decir, accesibles a todos los ciudadanos, sin ningún tipo de discriminación, a una tarifa asequible, sin tomar en cuenta características personales o territoriales. Pero evidentemente que eso no ocurre en ningún país, sencillamente porque los gestores de los servicios, como es natural

están orientados por la idea de la rentabilidad. De tal manera que sólo prestarán el servicio en aquellas ciudades y a aquellos grupos de ciudadanos que les garanticen un mínimo razonable de rentabilidad.

Si se atiende exclusivamente a esa incuestionable regla del mercado (obtención de ganancias por las prestaciones), sin dudas que el contenido social del concepto de servicio público desaparecería, en nombre de la libertad de empresa y de industria y comercio, pero obviamente estas libertades deben armonizarse con el concepto de Estado Social, y con derechos fundamentales de los ciudadanos implicados en la prestación de determinados servicios (agua, electricidad, transporte, salud, etc.). Por esa razón, cuando se inicia el proceso de liberalización de los servicios públicos en la Comunidad Económica – hoy Unión– Europea, se establece el deber de que los países de la Unión en sus respectivos marcos regulatorios, de manera general o sectorial, impongan a los operadores la obligación de prestar un conjunto mínimo de servicios que reúnan determinada calidad, los cuales "deben ser prestados a todos los usuarios, independientemente de su situación geográfica y a la vista de las condiciones nacionales concretas a un precio asequible" (Resolución del Consejo de 27 de febrero de 1994).

Esta Resolución comunitaria recibida en todos los ordenamientos de los Estados de la Unión con las matizaciones correspondientes, pero siempre respetando su contenido esencial, ha pasado a las distintas leyes que regulan los distintos sectores de la economía. En todo caso, conviene destacar los elementos que se derivan de definición contenida en la citada resolución: En primer lugar, es preciso enfatizar que en un régimen de libre competencia, no todas las actividades desarrolladas por los operadores pueden integrar el concepto bajo estudio (servicio universal), en virtud de que están restringidas a aquellas que tienen un carácter básico, o esencial. Así por ejemplo, en materia telefónica, el acceso a la telefonía vocal en todo el territorio en un tiempo razonable, como lo asentó la Declaración de la Comisión de la Comunidad Económica –hoy Unión– Europea en 1994, detenta un carácter básico o esencial.

Como es posible imaginarse, la determinación de los servicios básicos o esenciales no deja de suscitar problemas con las operadoras, pero en último término corresponde al Estado realizar dicha determinación. En ese mismo orden de ideas, es preciso subrayar que los instrumentos normativos se cuidan de imprimirle un carácter evolutivo al servicio universal, pues atendiendo a los avances tecnológicos y al desarrollo económico, resulta perfectamente ajustado a derecho, que la Administración incremente los servicios que considera básicos o esenciales.

En segundo lugar, los servicios determinados como esenciales o básicos que están obligados a prestar los operadores deben reunir un mínimo de calidad, y a los fines de tornar operativo el derecho de igualdad, tal nivel de calidad debe estandarizarse.

En tercer lugar, los servicios deben ser accesibles a todos los usuarios en todo el territorio nacional, independientemente de la lejanía de las pequeñas poblaciones de los grandes centros poblados, así como del pequeño número de habitantes a que vayan dirigidos. Desde luego que la prestación continua y regular de un servicio en esas condiciones no resulta rentable, razón por la cual el operador debería tener el derecho de abstenerse de hacerlo. Precisamente esa prestación es la que constituye la obligación de servicio público conocida como servicio universal. En fin, este elemento implica no sólo que el servicio se extienda a todo el territorio nacional, sino que debe estar disponible, salvo casos de fuerza mayor, para todos los ciudadanos que habiten en el territorio.

En cuarto lugar, los precios que deben pagar los usuarios por los servicios que se inscriben en el concepto de servicio universal, deben ser asequibles, esto es, tarifas razonables, que muchas veces por las condiciones territoriales y personales en que se prestan, no logran cubrir los costos. En este caso se arbitran varias soluciones para compensar las pérdidas del operador u operadores. En ese sentido, también por

razones prácticas y de economía, en el supuesto de que exista un operador que ocupe una posición dominante, a él se le encomienda la prestación del servicio universal, pero ello no obsta para que puedan ser varios, atendiendo por ejemplo, a sus respectivas áreas de influencia en determinadas regiones del país.

Lo cierto es que la obligación del servicio universal no comporta una especie de confiscación decretada por el Estado, ya que en el caso indicado antes, relativo a que las tarifas no alcancen para cubrir los costos de los servicios básicos prestados, el mismo ordenamiento contempla una técnica de corrección, que generalmente se traduce en la creación de un Fondo de Compensación, a cuya formación contribuyen todos los operadores del sistema, y el cual sirve para cancelar al operador u operadores la parte no cubierta por las tarifas pagadas por los usuarios del servicio universal. Inclusive puede ocurrir que también el Estado contribuya con la formación del aludido Fondo.

VILLAR EZCURRA (1999), resume en forma didáctica las características del servicio universal, razón por la cual consideramos pertinente transcribir dicho resumen : "El **servicio universal** se refiere a la necesidad de ofrecer un tipo determinado de servicios con una calidad suficiente, a todo el conjunto de los ciudadanos aunque su prestación no resulte económicamente rentable. Ese concepto aglutina a todos los elementos de tipo social inherentes a toda actividad de servicio público. La prestación del **servicio universal** no se impone a todas las empresas que actúan en un determinado sector sino sólo a aquellas que ocupen una posición dominante. El mayor coste que implica la prestación del servicio público universal se compensa a través de un Fondo al que contribuyen las demás empresas u operadores del sector a los que no se imponen obligaciones de servicio público".

A título de reflexión final sobre el denominado servicio universal, estimamos que el servicio público en su concepción ortodoxa está presente en esa construcción conceptual, por supuesto con la particu-

laridad de que las prestaciones no las aporta ni directa ni indirectamente la Administración Pública, pero en cambio desde afuera se encarga de establecer el marco normativo para garantizar esa nueva modalidad de servicio público, y para realizar las actuaciones de control, vigilancia y sancionatorias que sean necesarias para lograr la prestación del servicio universal, y en definitiva para la tutela de necesidades vitales para la población.

14.10.5. **La necesidad de las autoridades o Administraciones Independientes**. La transformación del concepto clásico de servicio público para avanzar hacia el nuevo concepto, el cual aparece pivotado sobre la base de la liberalización de los sectores de actividades que antes estaban reservados al Estado, sobre el régimen de la libre competencia y sobre la neorregulación que corresponde a la Administración para tornar efectiva la realización de esas actividades por parte de las empresas operadoras, impone lógicamente, a diferencia de lo que ocurría anteriormente, una neta separación entre reguladores y operadores, correspondiéndole, como se sabe al Estado, ejercer la función de regulación.

Ahora bien, es sabido que la actividad reguladora se expresa en el ejercicio de potestades de control, de policía, de arbitraje, normativa, técnica, etc., sobre determinados sectores económicos, en los cuales normalmente están involucrados grandes intereses no sólo naturalmente económicos, sino también políticos y sociales, y por otro lado, debe tenerse presente que la finalidad básica de los órganos reguladores es lograr la prestación de un servicio eficiente, en un régimen de competencia, a los menores precios posibles, para lo cual se requiere que la Administración adopte decisiones en ejercicio de las potestades antes indicadas muy importantes, que en algunos casos pueden comportar el cierre de una empresa, sanciones pecuniarias, etc., todo ello dentro de un marco de estricto apego a la ley y de imparcialidad. Por todas esas razones en la mayoría de los países europeos en la búsqueda de mecanismos que neutralicen las variables perturbadoras de esa impar-

cialidad, en todas las fases del servicio (desde la entrada hasta la prestación) de realización de las actividades del correspondiente sector económico, se han creado especiales órganos administrativos para asignarle esa importante función reguladora.

La aludida especialidad de dichos órganos o entes deriva de su carácter independiente, pero además se les exige legitimidad democrática y detentar un carácter técnico profesional. Es cierto que el término independencia tiene una connotación más psicológica que jurídica, porque todo órgano administrativo está sujeto a la Ley, y de alguna manera directa o indirectamente a otros importantes órganos constitucionales del Estado, verbigracia al Parlamento. En realidad con independencia se pretende aludir a la desvinculación orgánica y funcional del Poder Ejecutivo, en virtud de que la Ley no contempla mecanismos institucionales –antes por el contrario, los prohíbe– mediante los cuales este último Poder pueda impartirle órdenes, instrucciones o directivas que incidan en la esfera de autonomía funcional de los órganos reguladores.

A los fines de reforzar esa independencia se suele elegir o seleccionar a los titulares de los órganos reguladores mediante concursos, sobre la base de un baremo que atiende a las condiciones profesionales y técnicas de los candidatos, siendo designado el ganador por un período fijo de mandato superior al previsto para la legislatura, pudiendo sólo ser sustituido cuando incurra en faltas graves, previa audiencia del mismo. Generalmente la selección del titular o titulares del órgano está atribuida al Parlamento, bien directamente o bien mediante la escogencia de los integrantes de una terna o una quinaria de candidatos presentada por el Gobierno.

Sin dudas que al blindar normativamente la selección del titular o titulares de los órganos encargados de la regulación de los sectores de actividades liberalizadas, éstos pueden actuar con una gran autonomía frente al Poder Político y al Poder Económico, es decir, ajustados a la

Ley y a las reglas de sana administración, configurándose de esa manera la imparcialidad necesaria para que el mercado funcione en términos generales conforme a sus propias reglas, en el marco del ordenamiento jurídico que se dicte a tal fin.

Debe quedar claro que los lineamientos expuestos hasta aquí sobre las autoridades independientes, tienen un carácter teórico, e inclusive reflejan un modelo ideal, porque cada país atendiendo a sus especiales condiciones económicas, sociales y políticas puede, y ocurre con cierta frecuencia, dependiendo del sector de que se trate, modificar esos lineamientos; no obstante, debe reconocerse que hacia la recepción de dichos lineamientos apunta el perfeccionamiento de la liberalización de los sectores económicos, y la sustitución del concepto clásico de servicio público, por el nuevo descrito precedentemente, por lo menos en Europa.

Pero independientemente de las particularidades de cada Derecho positivo, es necesario manifestar que el análisis del Derecho Comparado evidencia que las principales funciones que desarrollan los referidos órganos reguladores son las siguientes: arbitrales, que generalmente ejecutan entre los operadores del mercado; ejecutivas, de las cuales son expresiones la regulación de precios, cuando proceda, el otorgamiento de autorizaciones generales y licencias individuales; operativas, desplegadas mediante la solicitud de operación a las empresas, inspecciones, sanciones; y normativas, que ejercen a través de circulares, directivas e instrucciones.

Por otra parte apunta la doctrina que las técnicas más comunes utilizadas en el ejercicio de las funciones antes enumeradas, por las autoridades independientes reguladoras, son entre otras: a) la fijación de estándares, esto es, reglas que se aplican a categorías de productos o a procesos productivos, o a la adopción de ciertas conductas por parte de empresas productoras; b) obligaciones de proporcionar informaciones sobre los bienes o los servicios ofrecidos; c) prohibiciones de

prácticas anticoncurrenciales (legislación antitrust); d) fijación de tarifas de acceso a un servicio basadas en los costes necesarios para suministrarlos; e) tasas o tarifas que se aplican para afrontar problemas de redistribución sin incurrir en otros costes administrativos; f) instrumentos contractuales que se pueden utilizar para que una empresa privada adquiera recursos públicos, o para que gestione servicios destinados a los ciudadanos; la organización por parte del Estado directamente de empresas y servicios, negociación de reglas de prestación de algunos servicios con los sujetos privados, etc.

Cabe finalmente señalar que los actos dictados por las autoridades reguladoras, por ser sustancial y formalmente administrativos, son susceptibles de ser impugnados por ante los órganos competentes de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sin necesidad, dada la inexistencia de vínculos de jerarquía con ningún otro órgano o Poder, de interponer recurso administrativo alguno, ya que los referidos actos agotan la vía administrativa.

Conforme a la exposición precedente, luce acertado afirmar que las autoridades independientes juegan un papel crucial en la regulación del mercado a los fines de perfeccionar la libre competencia, eliminando los obstáculos que interfieran en la misma, lo que optimiza la prestación del servicio, y tiende a bajar sus costos, así como en la tutela del contenido social del servicio público, mediante el servicio universal. Ambas finalidades, como es obvio resultan de capital importancia en un mercado libre que funciona en un Estado Social y de Derecho; de allí también la imperiosa necesidad de designar autoridades, unipersonales o colegiadas, verdaderamente independientes, que se encarguen de la regulación de la competencia.

14.10.6. **Diferencias entre el servicio público tradicional y el nuevo concepto de servicio público**. El servicio público tradicional está basado en la publificación de las actividades del sector que corresponda (publicatio), lo que consecuencialmente origina un mono-

polio para el Estado; en cambio, el nuevo concepto de servicio público está basado en la libertad de empresa y de industria y comercio, las cuales rigen casi plenamente una vez que se produce la "despublicatio", es decir, la liberación del sector de actividades correspondiente, creándose de esa manera un régimen basado en la libre competencia. Declarada la liberalización se extinguen todas las consecuencias de la publificación, esto es, la concesión administrativa, en el caso de la gestión indirecta, es sustituida por la autorización operativa, el poder de fijar las tarifas en todos los casos, es sustituido por la libertad de la fijación de los precios por los operadores, derivada de la competencia entre ellos, con las excepciones antes mencionadas; los poderes internos de dirección, control y vigilancia de la Administración Pública sobre las empresas concesionarias, son sustituidos por poderes de ordenación, pero de carácter externo.

Por otra parte, el servicio público tradicional está sujeto a un régimen de Derecho público, caracterizado por un conjunto de privilegios a favor de la Administración; en el nuevo, también existe un régimen de Derecho público, pero como está dirigido a fomentar la libre competencia, sus disposiciones, salvo en el caso del servicio universal, son subsidiarias de las leyes del mercado. También el régimen conduce a la imposición de las obligaciones de Derecho público, siendo la más emblemática de ellas –se insiste– la correspondiente al servicio universal; en el servicio clásico existe un régimen de tarifas aprobado por la Administración, en el nuevo servicio el régimen es de precios competitivos, salvo en la parte regulada del (acceso a las redes) y en el servicio universal. En el servicio público tradicional, la responsabilidad del suministro del servicio recae sobre el Estado, en el nuevo recae sobre los operadores, salvo en el caso del servicio universal que el Estado se encarga solamente de garantizar su prestación en los términos antes indicados, mas no de prestarlo.

En suma, el hecho mismo de poder establecer diferencias entre los dos tipos de servicio público demuestra la carencia de fundamentos

de la tesis que postula la "muerte del servicio público", como consecuencia de la liberalización, privatización y globalización, pues aun en el mayor mercado competitivo imaginable no resulta posible ignorar el contenido social del servicio público, el cual está presente en el mismo, bien bajo la noción de servicio universal, conceptualmente idéntico al servicio público, con la diferencia que no es prestado por el Estado, sino que éste garantiza dicha prestación. Se trata entonces de armonizar el concepto de servicio público, con la libertad de competencia, sin llegar a sacrificar el primero.

14.10.7. **Las distintas modalidades del servicio público en la Unión Europea**. Por considerar que pueden presentarse dificultades en torno a las diversas denominaciones que pueden dársele a la nueva concepción de servicio público, consideramos bastante ilustrativo y clarificador el contenido de la comunicación de la Comisión sobre **los servicios de interés general en Europa** de 26 de septiembre de 1996, razón por la cual procedemos a transcribirla:

"**Servicios de interés general**: que designan las actividades de servicio, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades públicas y sujetas por ello a obligaciones específicas del servicio público.

Servicios de interés económico general: que se mencionan específicamente en el artículo 90 del Tratado de la CE y que designan a las actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general, y están por ello sometidas a obligaciones específicas de servicio público. En este supuesto se incluyen servicios como la red de transporte, energía y comunicaciones.

Servicio público: a esta expresión le otorga la comunidad un doble sentido. Por una parte designa el organismo de producción del servicio, y por otra, a la misión de interés general que se le confía. Las

obligaciones de servicio público específicas pueden ser impuestas por la autoridad pública al organismo de producción del servicio, con el fin de favorecer o permitir la realización de la misión de interés general. Se cita como ejemplo el transporte terrestre, aéreo, por vía férrea o en materia de energía.

Servicio universal: define este concepto un conjunto de exigencias de interés general a las que deberían someterse en toda la Comunidad las actividades que se desarrollan en un sector determinado, como el de telecomunicaciones, o el de correos, por ejemplo".

14.11. **El régimen de los servicios públicos en Venezuela.**

14.11.1. **Un intento de sistematización de los lineamientos constitucionales sobre los servicios públicos**.

14.11.1.1. **Síntesis de la evolución constitucional**. En principio debe recordarse la tendencia presente en la mayoría de los ordenamientos a eludir toda definición de servicio público, y así mismo a utilizar la expresión como equivalente a cualquier actuación de la Administración Pública, ya se trate de una actividad de fomento, de policía o una verdadera función administrativa. O sea, a considerarlo en su sentido más lato posible. Por tanto, corresponde al intérprete, la más de las veces, examinar el ordenamiento para poder determinar cuándo una norma jurídica alude al concepto de servicio público en sentido restringido, es decir, en la acepción expuesta en la primera parte de este capítulo. Esta observación obedece a que como veremos a continuación en las Constituciones venezolanas se comienza a utilizar la expresión servicio público, incluso antes de la total consolidación jurídica de la misma en Europa. En efecto, la Constitución de 1858, establece en su artículo 94, numeral 16, que es atribución del Presidente de la República separar de sus destinos a los funcionarios de libre nombramiento del Poder Ejecutivo, cuando así lo exija el **servicio público**. Ese es el mismo sentido con que la utiliza Constitución de 1864, al establecer

como atribución de la Legislatura Nacional permitir o no la admisión de extranjeros **al servicio público** (art. 43, num 25), y en su artículo 13, num 7, prohíbe a los Estados de la Unión la imposición a los empleados nacionales deberes incompatibles con el **servicio público nacional**.

Estas disposiciones se van a mantener inalteradas en las Constituciones de 1874, 1881 y 1891, siendo suprimidas en las Constituciones de 1893 y 1901, siendo consagrada nuevamente la relativa a la prohibición a los Estados de la Unión de imponer los indicados deberes incompatibles con el servicio público nacional, en la Constitución de 1904, en la cual por cierto se introduce una disposición relativa a los requisitos exigidos para convertir un Territorio Federal en Estado, entre los cuales destaca la comprobación ante el Congreso de estar en capacidad de atender al **servicio público en todos sus ramos y de cubrir los gastos que éste requiera** (art. 4). En la Constitución de 1909 se mantienen inalteradas estas dos últimas disposiciones.

Ahora bien, un examen somero de todas la previsiones constitucionales antes mencionadas, contentivas de la expresión servicio público, pareciera conducir a sostener que todas pretendían aludir a la Administración Pública en general, o sea, que recogían la acepción orgánica o subjetiva de servicio público, inclusive el precepto concerniente a la exigencia del requisito para que los Territorios Federales optasen a la Categoría de Estados, que podría suscitar alguna duda, cuando menciona a los ramos del servicio, una vez analizada la finalidad perseguida con el requisito, se concluye que la misma no es otra que garantizar el funcionamiento del aparato administrativo; de allí entonces que deba mantenerse la tesis antes formulada sobre la orientación de los citados preceptos constitucionales, que equipara el servicio público a la organización administrativa nacional (servicio público en sentido orgánico).

En la Constitución de 1914 se mantienen las disposiciones anteriores, pero se incluye un nuevo artículo que faculta al Presidente

de la República para crear y dotar los nuevos **servicios públicos** que fueren necesarios, cuando las Cámaras Legislativas estuvieren en receso. Esta disposición, al igual que las anteriores se conservan en las Constituciones de 1922, 1925, 1928, 1929 y 1931. El nuevo dispositivo que confiere la potestad al Presidente de la República, en caso de receso del Congreso, para dotar y crear nuevos servicios, el cual es modificado en la Constitución de 1936, en razón de que se aumenta su ámbito material al extenderla a la modificación y supresión de los ya existentes (art. 100, num. 14), se inscribe dentro de la concepción de servicio público recogida originalmente en la Carta Fundamental de 1858, y que está presente en todas las Constituciones posteriores, con excepción de las de 1893 y 1901, esto es, en sentido orgánico o subjetivo.

Cabe resaltar que si bien esa concepción se mantiene en la Constitución de 1936, este texto fundamental pareciera asomar indirectamente un nuevo concepto de servicio público: en sentido objetivo. Efectivamente, en su artículo 32, ordinal 9° prescribe: "La Nación garantiza a los venezolanos: 1. omissis. 9° La libertad de industria y la de trabajo no tendrán más limitaciones que las que impongan el interés público o las buenas costumbres. Sin embargo, el Poder Federal queda facultado para gravar ciertas especies con el objeto de crear rentas al Estado, **y reservarse el ejercicio de determinadas industrias para asegurar los servicios públicos** y la defensa y crédito de la Nación". Esta disposición se repite en términos idénticos en la Constitución de 1945, y se perfecciona en la Constitución de 1947 (artículo 73), pues al consagrar la protección a la iniciativa privada, establece a la vez que Estado podrá **reservarse** el ejercicio de determinadas industrias, explotaciones o **servicios de interés público** para asegurar el normal funcionamiento de éstos o la defensa y crédito de la nación.

Pues bien, hemos dicho que en la Constitución de 1936 se asoma el concepto de servicio público en sentido objetivo, porque al consagrarse la figura de la reserva, que da lugar a un monopolio de derecho,

y aunque en realidad está referida a industrias y explotaciones, su finalidad es asegurar el funcionamiento de **los servicios públicos**, lo que permite inferir que los mismos se concretan en prestaciones dispensadas por la Administración a los ciudadanos. Por eso decimos que se trata de una consagración indirecta de la noción de servicio público en sentido objetivo, que de ninguna manera sustituye a la que predomina desde mediados del siglo XIX en nuestras Constituciones, pero que comienza a coexistir con ella.

Ha de advertirse que el texto fundamental de 1947, sí establece de manera directa la **reserva de los servicios públicos**, al igual que la Constitución de 1961, bajo la denominación de servicios de interés público, para asegurar su normal funcionamiento, y de esa manera perfecciona la noción en comento, en virtud de que alude tanto a la variable relativa a la satisfacción de necesidades colectivas, como al principio de continuidad o regularidad. En suma, de esa manera los referidos textos constitucionales recogen, sin dudas, la concepción objetiva de servicio público.

Más aún, en ese mismo orden de razonamiento debemos hacer constar que el artículo 138, numeral 19, atribuye al Presidente de la República la facultad de **nacionalizar** a los servicios públicos de salud, disposición que por cierto se repite en la Constitución de 1961. No es el caso examinar el significado de dicho término, pero independientemente de la posición que se pueda asumir en tal sentido, no cabe duda que el mismo comporta la concentración en el Poder Nacional de la competencia en materia de salud pública, es decir, una especie de reserva, que excluye a los demás entes territoriales, inclusive obedeciendo al tenor literal de la norma esa exclusión podría extenderse a los particulares; no obstante, debemos advertir que durante la vigencia de la Constitución de 1961, la tesis de la extensión de la exclusión a los particulares fue desestimada doctrinaria y legislativamente.

Pero a los fines que nos interesan, dado que se trata de la centralización de las competencias en materia **de salud**, o de los

servicios públicos de salud, es posible inferir que la disposición que la contenía aludía (en cuanto denotaba centralización de la competencia) al concepto de servicio público en sentido objetivo, pudiendo también abarcar el sentido subjetivo, porque la nacionalización implicaba igualmente la centralización de toda la infraestructura que a nivel regional y municipal permitía la prestación de los servicios de salud.

Si bien se pueden avizorar a partir de la Constitución de 1936 esas enunciaciones del concepto de servicio público en sentido objetivo, ello no significa de ninguna manera que el constituyente abandonó la noción subjetiva, antes por el contrario, la refuerza. Así en la Constitución de 1947 se perfecciona una norma introducida por primera vez en la Constitución de 1914, que pasa a la Constitución de 1961, y de allí a la de 1999, concerniente a la potestad del Presidente de la República, ejercida en Consejo de Ministros, para crear nuevos servicios, o suprimir o modificar los ya existentes, con la aprobación de la Comisión Delegada del Congreso (1947), con la autorización de las dos terceras partes de los miembros de esa Comisión (1961), en caso de urgencia comprobada. La norma pasa en idénticos términos a la Constitución de 1999. En fin, queda claro que esos dispositivos concernientes a la creación, modificación o supresión de servicios públicos, implican la creación, la modificación o la supresión de entes públicos, razón por la cual debe concluirse que la expresión constitucional está referida al sentido orgánico o subjetivo de la noción.

En suma, el somero examen realizado de las Constituciones venezolanas, a partir de la primera que recoge la expresión servicio público (1858) hasta la de 1961, revela que ha predominado la concepción orgánica o subjetiva, y que es apenas en la Constitución de 1936, cuando puede inferirse de manera indirecta una concepción objetiva de servicio público. A la par que se mantiene el predominio de la primera acepción, se perfecciona la segunda mediante la figura de la reserva, la cual comporta un monopolio de derecho sobre las actividades implicadas en los correspondientes servicios públicos, y por supuesto una exclusión de los particulares de dicho ámbito material.

En realidad el examen de los mencionados textos constitucionales no permite construir unos lineamientos sistemáticos y tendencialmente suficientes acerca de una institución jurídica tan importante, como el servicio público en el contexto del Derecho Administrativo, pues pese a la temprana inclusión constitucional, no existe, a diferencia de lo que ocurrió en Europa, una concordancia entre los señalados dispositivos, y estudios doctrinales y jurisprudenciales que le hubiesen servido de basamento. En ese orden de ideas, por ejemplo, resulta inexistente o por lo menos no hemos podido localizarlo de la investigación documental realizada, el sustrato teórico venezolano de la inclusión de la figura de la reserva indirecta de los servicios públicos, en la Constitución de 1936, que como hemos sostenido revela una ruptura parcial en el predominio de la concepción orgánica de servicio público que venía desde los textos fundamentales del siglo pasado. Lo cierto es que pese a la casi inexistencia de referencias teóricas a los servicios públicos, los mismos han existido desde hace mucho tiempo en Venezuela, y continúan existiendo, adquiriendo cada día más importancia en el contexto de la liberalización y de la globalización económica; por tanto, se impone partiendo de las indicadas premisas, tratar de proponer algunos lineamientos generales sobre los servicios públicos en el marco de la Constitución de 1999, la cual, dicho sea de paso, como lo veremos enseguida, tampoco se caracteriza por consagrar una disciplina clara y sistemática sobre esta institución.

14.11.1.2. **La regulación de los servicios públicos en la Constitución de 1999**.

14.11.1.2.1. **La inexistencia de una normativa coherente y sistemática, pese a la proliferación de normas, que consagre una concepción sobre los servicios públicos**. En el acápite anterior pudimos constatar que todas las Constituciones a partir de 1858 contenían a lo sumo tres artículos que se limitaban a referirse a los servicios públicos, sin llegar nunca establecer lineamientos generales sobre los mismos. Es el marco teórico construido por el Derecho

Comparado el que nos ha permitido intentar encuadrar dichos dispositivos normativos en las concepciones subjetivas y objetivas antes enunciadas, y sostener el predominio de la primera a lo largo de toda la evolución constitucional, así como la consagración tardía de la segunda. Pues bien, la Constitución de 1999, pese a que contiene un número mucho mayor de dispositivos que cualquiera de las anteriores, mantiene la misma indeterminación conceptual por la carencia de parámetros o lineamientos que permitan formular una tesis coherente y tendencialmente completa sobre los servicios públicos en Venezuela.

En la actualidad la inexistencia de esos parámetros constitucionales complica más aún la indicada situación, ya que como expusimos en la primera parte de este capítulo, en el mundo occidental se asiste sin ninguna duda a un cambio paradigmático en materia de servicios públicos, que implica una fase de transición, en la cual coexiste el concepto clásico de servicio público, con el nuevo, montado sobre la base de la regulación de la competencia, que a su vez origina las denominadas obligaciones de servicio público. En esa situación los mencionados lineamientos resultan todavía más necesarios, en aras no sólo de que el Estado garantice el contenido social de los servicios públicos, sino también para tornar operativo el principio de seguridad jurídica, proporcionándoles, en su caso, las garantías necesarias a los gestores u operadores privados, así como a los usuarios.

A título únicamente ilustrativo, en virtud de que escapa al objetivo de este Manual el análisis de cada uno de ellos, enunciamos en forma resumida los preceptos constitucionales que aluden a la noción de servicio público: art. 84, que establece que **los servicios públicos** de salud son propiedad del Estado, y no pueden ser privatizados; art. 86, que establece el carácter de **servicio público no lucrativo**, de la seguridad social; art. 102, que define a la educación como un **servicio público**; art. 156, num 29, que establece que el régimen general de **los servicios públicos** domiciliarios, y especialmente los de electricidad, agua y gas, es de la competencia del Poder Nacional; artículo 156, num

28, que también atribuye a la competencia del Poder Nacional, el **régimen del servicio de correos y de las telecomunicaciones**, así como el régimen y la administración del espectro electromagnético; artículo 164, num 8, que asigna a la competencia exclusiva de los Estados la creación, régimen y organización de los **servicios públicos estatales**; art. 173 que confiere competencia al Municipio para crear otras entidades locales, distintas de las parroquias con el objeto de promover **los servicios públicos**; art. 178, que confiere competencia a los Municipios para la dotación y prestación de los **servicios públicos** domiciliarios (agua potable, electricidad y gas doméstico); art. 196, num. 6, que faculta a la Comisión Delegada de la Asamblea Nacional, para autorizar al Ejecutivo Nacional con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes para crear, modificar o suspender **servicios públicos** en caso de urgencia comprobada; art. 259, que faculta a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de reclamos por la prestación **de servicios públicos**; art. 281, num. 2, que asigna como atribución del Defensor del Pueblo velar por el correcto funcionamiento de los **servicios públicos** y ejercer las acciones para exigir al Estado el resarcimiento de los daños causados a las personas con ocasión del funcionamiento de los **servicios públicos**; disposición transitoria decimoctava, que dispone que la Ley establecerá en las concesiones de **servicios públicos**, la utilidad para el concesionario, así como el financiamiento de las inversiones estrictamente vinculadas a la prestación del servicio.

A los anteriores dispositivos hay que añadir los artículos 113 y 302, los cuales sin aludir literalmente a los servicios públicos, en cambio que sí lo hacen conceptualmente, al utilizar las expresiones **servicios de naturaleza pública** y **servicios de interés público**. El primero de ellos preceptúa que los servicios de naturaleza pública pueden otorgarse en concesión; y el segundo, consagra la reserva de servicios de interés público.

La anterior reseña evidencia la señalada dispersión de normas, e igualmente la inexistencia de las mencionadas coordenadas o paráme-

tros generales, de los cuales se pueda inferir directamente una concepción sistemática sobre los servicios públicos; no obstante, es necesario reconocer que dichas fallas en la Constitución de 1999, que reiteramos han estado presentes en todas las Cartas Fundamentales precedentes, no constituyen un obstáculo insalvable para proponer una tesis derivada de la interpretación concordada de varias o de todas esas normas, en el contexto del marco del Derecho Comparado expuesto en la primera parte de este capítulo, así como en el de la doctrina y la jurisprudencia nacional, hasta donde sea posible, debido a que resulta muy escasa.

14.11.1.2.2. **Las variables que sirven de fundamento a la tesis interpretativa propuesta: la calificación constitucional o legal del servicio público y la reserva de servicios de interés público**.

14.11.1.2.2.1. **La calificación constitucional o legal de la actividad o de un sector de actividades como servicio público**. Como expresamos en la primera parte de este capítulo, para que una actividad o sector de actividades pueda revestir la connotación conceptual de servicio público, se requiere necesariamente –en el marco del concepto tradicional– que sea previamente calificado por la Ley como servicio público. En términos de la doctrina española se trata de una especie de tipificación que obedece a la necesidad de preservar los derechos de los ciudadanos, en virtud de que el servicio público es un título legitimante de la intervención de la Administración en el ámbito del ejercicio de los derechos implicados en la prestación del servicio, que supone la exclusión de los ciudadanos de dicho ámbito. Por consiguiente, toda actividad que no aparezca calificada (tipificada) como servicio público podrá ser libremente realizada por los particulares, y por el contrario, la tipificada estará excluida del ámbito de ellos.

Estimamos que esta variable doctrinaria, aceptada sin ningún tipo de discusión por la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, también debe servir de base para la búsqueda de una tesis interpretativa sobre

los servicios públicos en Venezuela, y con mayor razón aún, si la calificación aparece en el propio texto de la Constitución. Así por ejemplo, no cabe duda que los artículos 84, 86, 102 califican a la salud, a la seguridad social y a la educación respectivamente, como servicios públicos; igualmente el artículo 156, num. 28, que se refiere a los servicios de correos y de telecomunicaciones, y el 29, que alude a los servicios públicos domiciliarios y especialmente la electricidad, el agua potable y el gas; el 178, numeral 6, que califica como servicios públicos municipales, a la electricidad, el agua potable, el alcantarillado, la canalización y disposición de aguas servidas, los cementerios y los servicios funerarios.

Debe quedar claro entonces que el dato esencial para poder considerar una actividad o sector de actividades como servicio público, es que aparezca calificada como tal, de manera directa o indirecta, en el texto constitucional, porque es el que estamos examinando, pero también dicha calificación puede estar contenida en una norma de rango legal, nunca en una de rango sublegal, porque como hemos insistido el servicio público constituye una restricción legítima al derecho a la libre iniciativa económica y a las libertades de empresa, de industria y comercio.

14.11.1.2.2.2. **Los grados de la "publicatio" en Venezuela**. Ahora bien, una vez sentada la anterior premisa, que en nuestro criterio pareciera indiscutible, queda por determinar si la "publicatio" (calificación o tipificación legal) admite en Venezuela los grados señalados por la doctrina: **intensa, media y mínima**, pues de ser así regiría la regla de la proporcionalidad entre el grado de intervención de la Administración en las actividades o sectores calificados, y la dimensión de la exclusión de los particulares. O dicho de otra manera, existiría una correlación entre el grado de intensidad de la intervención de la Administración, y el margen de exclusión de los particulares. En esa línea argumental es necesario hacer notar que en la actualidad predomina la tendencia a configurar como una excepción la **reserva**

total a la Administración del sector de actividades calificado como servicio público (**publicatio intensa**), en razón de que ello supone la creación "ope legis" de un verdadero monopolio de derecho, debido a que en esa hipótesis la Administración tiene la exclusividad de la titularidad y de la gestión del servicio, razón por la cual no se admite ninguna forma de participación de los particulares, inclusive en el supuesto de que algunos estuviesen realizando actividades en el sector antes de que se produzca la calificación legal, ellos cesarán en la misma, caso en el cual deben entran a funcionar, si resultara necesario, las figuras previstas por el ordenamiento jurídico para que el Estado asuma dichas actividades, así como la infraestructura correspondiente, tales como la compra negociada o la expropiación.

14.11.1.2.2.3. **La prestación de los servicios públicos bajo régimen de monopolio (publicatio intensa)**. El análisis de la Constitución revela que la prestación de servicios públicos, cualesquiera que ellos sean, admite excepcionalmente el régimen de dicha prestación mediante la modalidad del monopolio. Así se desprende del artículo 113 del texto constitucional, único aparte, que preceptúa "...Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública **con exclusividad o sin ella**, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público". Cabe advertir que el dispositivo transcrito contiene una excepción al principio general de la **prohibición** casi absoluta de monopolios consagrado en el encabezamiento de ese artículo, que pauta **"No se permitirán monopolios**. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio, o que conduzcan por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos o aquellas, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad...".

De modo, pues, que cuando se arrmoniza el encabezamiento con el primer aparte del artículo 113 constitucional, resulta concluyente el carácter excepcionalísimo de la prestación de servicios públicos en régimen de monopolio ("exclusividad"), lo que a su vez está en perfecta sintonía con el artículo 112 ejusdem, que de manera diáfana, y por demás muy amplia, delinea a la libertad económica, desagregada puntualmente en libertad de empresa, de comercio y de industria, pues es indudable que el monopolio constituye un severo atentado contra esa libertad, razón por la cual únicamente puede ser admitido en los casos expresamente establecidos en la Constitución o en la Ley, ya que sólo resulta legítimo cuando mediante ley es erigido en un límite razonable a la libertad económica, esto es, cuando el referido texto legal encuentra su base de sustentación en los motivos enumerados en dicho precepto (art. 112), so pena de ser declarado inconstitucional.

Desde luego, que planteada así la situación no cabe más que reiterar el carácter excepcionalísimo de la admisión de los monopolios en Venezuela, y por ende, de la prestación de los servicios públicos bajo ese régimen, pese a que ortodoxamente toda calificación de una actividad como servicio público ("publicatio"), puede originar un monopolio, pero hemos visto que ese principio doctrinal recogido durante mucho tiempo en la legislación ha sido superado, y el Derecho positivo de regla lo ha convertido en excepción, porque la aludida calificación la gran mayoría de las veces conduce a que la gestión de los servicios corresponda a los particulares bajo diversas modalidades (concesión, concierto, arrendamiento, etc.), siendo la más utilizada de ellas la concesión, al punto que es la única mencionada en el único aparte del artículo 113 constitucional.

Es necesario aclarar que el citado dispositivo permite desde luego la configuración de un monopolio estatal, y eventualmente uno privado de un servicio público, en virtud de que preceptúa que la prestación puede ser con exclusividad o sin ella, de tal manera que el monopolio estatal existirá cuando la exclusividad en la gestión corresponda a un

órgano o a un ente del sector público, porque en la realidad el monopolio se predica en relación con la operación o gestión del servicio, ya que la titularidad del mismo se deriva "ope legis" de la respectiva calificación ("publicatio"), en cambio, el eventual monopolio privado se configuraría cuando se otorgase la concesión de la gestión a un particular con exclusividad, pues ello implicaría la prohibición de gestión a todo otro operador público o privado. Queda finalmente por señalar en lo atinente al punto bajo examen, que es admisible conforme al ordenamiento constitucional el grado más intenso de "publicatio", que supone la prestación de los servicios públicos en régimen de monopolio público o privado, siempre que el mismo obedezca a las razones señaladas en el artículo 112 de la Constitución.

Aparte del mecanismo procedimental mediante el cual opera la figura de la reserva de lo servicios públicos, derivada de la respectiva calificación legal, resulta muy importante destacar que el citado artículo 113 se inscribe dentro del principio de la excepcionalidad de la reserva en los servicios públicos, pues en dicho dispositivo se enfatiza que la prestación puede ser **con exclusividad o sin ella**. Desde luego, que el precepto constitucional al establecer en su encabezamiento la prohibición casi absoluta de monopolios, convierte en excepción el régimen de servicios públicos prestados por el Estado en exclusividad, lo que resulta de una elemental operación hermenéutica, pero si pudieran plantearse dudas acerca la mencionada conclusión, la misma queda reforzada con la voluntad constituyente de otorgar esos servicios en concesiones a los particulares, pues ello no es más que un símbolo inequívoco de la poca tolerancia constitucional a los monopolios estatales de servicios públicos; de allí, pues que de conformidad con el aparte único del artículo 113 de la Constitución, resulta posible que el Estado se reserve determinados servicios públicos, derivado de la calificación constitucional o legal respectiva, el ejercicio de esa potestad debe tener un carácter muy excepcional, y además cuando se ejerza la potestad de reserva del servicio, ello debería comportar en términos generales un grado de "publicatio" media, como lo veremos más adelante, sin que

eso signifique que en determinados casos pueda comportar una publicatio máxima, pudiendo configurarse verdaderos monopolios estatales (prestación en exclusiva).

14.11.1.2.2.4. **Los otros grados de la "publicatio" en Venezuela (media y mínima)**. Derivado del principio constitucional de la prohibición de monopolios, y el carácter excepcional de prestación de los servicios públicos en régimen de monopolio, es posible sostener que cada vez que un dispositivo de la Constitución o de la Ley califica una actividad o un sector de actividades como servicio público, se confiere a la Administración un título de intervención, que puede adoptar varias modalidades, sobre los derechos de los particulares que resultan implicados en las mencionadas actividades, pero esa intervención tiene que estar condicionada –insistimos– por la prohibición de monopolios, de tal manera que la regla pasa a ser que la prestación de los servicios puede ser realizada por los particulares, puesto que si bien el Estado por obra de la Ley se reserva la titularidad de la actividad, pudiendo la gestión u operación del servicio ser llevada a cabo por los particulares, por ejemplo, cuando un servicio es gestionado por varios operadores privados, o por uno solo, siempre y cuando pueda extenderse a todos aquellos que reúnan los requisitos exigidos por el pliego de condiciones correspondientes. Sería el caso de servicios públicos como el agua potable, electricidad etc. En este caso la "publicatio" será media.

Pero la referida regla abarca también la posibilidad de que la gestión del servicio sea compartida por el Estado y los particulares, siendo en ese caso la "publicatio mínima". Ejemplos clásicos de servicios compartidos son la educación y la salud. Es preciso recordar que existe una diferencia sustancial entre estas dos modalidades de gestión de los particulares en los servicios públicos, ya que en la primera, se requiere un acto de la Administración, generalmente el contrato de concesión, mediante el cual confiere a los particulares la gestión del servicio; en cambio, en la segunda los particulares están tan legitimados como la Administración para gestionar el servicio, pero

para ello requieren obtener previamente la correspondiente autorización o licencia.

Como expusimos anteriormente, el artículo 84 califica a la salud como servicio público, pero esa sola calificación en abstracto, conforme a los razonamientos anteriores, conduce a sostener que rige la regla antimonopolio en materia de servicio público, razón por la cual la titularidad de las actividades de salud está reservada al Estado; y en consecuencia, debería admitirse que la gestión está abierta a los particulares, previo conferimiento de la correspondiente concesión, pero esa conclusión que resulta inobjetable a la luz del citado artículo 84, cede porque el texto constitucional seguramente teniendo en cuenta el peso histórico y doctrinario en la concepción de la salud como un servicio compartido, se encarga de recoger de manera indirecta dicha concepción en el artículo 85, cuando establece que corresponde al Estado regular las instituciones públicas y **privadas de salud**. De modo, pues, conforme a las previsiones constitucionales, la salud es un servicio público con una característica particular, en virtud de que tanto su titularidad como su gestión es compartida por el Estado con los particulares.

La situación es similar en el caso de la educación, pues si bien el artículo 102 expresa categóricamente que la educación es un servicio público, el artículo 106 ejusdem, estatuye que toda persona natural y jurídica, previa demostración de su capacidad, que cumpla con los requisitos legales y constitucionales puede prestar el servicio de educación, bajo la estricta supervisión y vigilancia del Estado, previa aceptación de éste. De manera, pues, que la educación es un servicio público compartido entre el Estado y los particulares, tal como se desprende de los citados preceptos constitucionales, desde luego, sometido también, cuando es prestado por los particulares a un régimen de intervención, que se traduce, al igual que la salud, pero quizás con mayor intensidad, en el ejercicio de potestades de supervisión y vigilancia, así como la exigencia de la autorización previa.

En conclusión, el examen de los mencionados preceptos constitucionales evidencia que ciertamente la calificación de una actividad o sector de actividades como servicio público ("publicatio") origina una reserva de dicha actividad o sector de actividades para el Estado, y la exclusión de los particulares, pero en virtud del principio constitucional de prohibición de monopolios, tal calificación se relativiza y origina una "publicatio" con diversos grados: intensa, media y mínima; y en consecuencia la aludida calificación alude fundamentalmente a la "publicatio" media (gestión por los particulares), y en menor proporción a la mínima (gestión y titularidad compartida por el Estado y los particulares), y excepcionalmente cuando así esté previsto en una norma de rango legal, fundamentada en las razones contempladas en el artículo 112, a la intensa (régimen de monopolio estatal o privado).

Pensamos que este lineamiento general derivado de los preceptos constitucionales, si fuere acertado o aceptado, puede resultar muy útil para el análisis de este aspecto fundamental de los servicios públicos en Venezuela, porque permitiría –siempre precedido por el correspondiente proceso hermenéutico– que los particulares pudieran admitir su exclusión total de la gestión de determinados servicios (monopolio estatal o "publicatio intensa"), que los particulares puedan reivindicar el derecho a convertirse en operadores o gestores de determinados servicios públicos (**"publicatio media")**, o puedan reclamar el mismo derecho que tiene el Estado a gestionar determinados servicios públicos ("**publicatio mínima")**. Sin dudas que la aplicación de este lineamiento general, en el entendido que la publicatio máxima es la excepción, permite configurar reglas claras de delimitación de los derechos de los particulares y el Estado en el ámbito de los servicios públicos, sobre todo aquellos de carácter económico.

14.11.1.2.2.5. **La reserva de servicios de interés público**.

14.11.1.2.2.5.1. **La figura de la reserva en la Constitución de 1999.** Si bien es cierto que la calificación legal de una actividad

como servicio público implica de pleno derecho, una reserva de la misma para el sector público, con los grados de intensidad antes enunciados, la Constitución de 1999, al igual que la de 1961, consagra de manera expresa la figura especial de la **reserva**, mediante la cual el Estado acudiendo a una ley o a un acto con rango de ley asume, por razones de conveniencia nacional, con carácter de exclusividad determinada industria, explotación o servicio público, lo que comporta la exclusión de los particulares de esa industria, explotación o servicio, pudiendo requerirse a tal fin, si fuere el caso la expropiación correspondiente.

Antes de seguir adelante, es necesario reiterar que la inexistencia de una norma expresa que regule los principios generales sobre los servicios públicos, ha conducido desde la Constitución de 1947, en la que se introduce por primera vez la disposición consagratoria de la reserva de los servicios públicos en forma directa (art. 71), pues aparece enunciada indirectamente en la Constitución de 1936 (art. 32, num 9), a interpretar que cuando el constituyente utiliza la expresión **servicios de interés público**, pretende referirse a servicios públicos. Esa ha sido la pauta hermenéutica pacífica sostenida por la doctrina y la jurisprudencia venezolana, y ciertamente ante la referida ausencia, la estimamos acertada, puesto que la mencionada expresión constitucional toca el núcleo del contenido social del concepto de servicio público, esto es, la tutela del interés público, mediante la satisfacción de necesidades colectivas.

Ahora bien, la Constitución de 1999, como expresamos antes, mantiene la señalada omisión, pese a que los constituyentes Atala Uriana y Allan Brewer en la sesión en que se produjo la primera discusión del artículo 302 constitucional relativo a la figura de la reserva, insistieron en la necesidad de incluir una disposición contentiva de los parámetros generales relativos a los servicios públicos, por ser precisamente una de las áreas reservadas, sobre todo el último de los mencionados constituyentes, hizo mucho hincapié en que en ninguna de las Constituciones

anteriores se había introducido una norma de ese tenor. Y en tal sentido llegó a proponer una disposición en los siguientes términos: "La Ley que regule los servicios públicos establecerá los principios relativos al equilibrio financiero y a las obligaciones y cargas del servicio universal que junto a la libre competencia garanticen seguridad, calidad, cobertura universal y eficiencia económica del servicio".

Ahora bien, aparte de las discusiones que pudiera haber suscitado la norma propuesta, sobre todo porque a simple vista muestra una combinación entre la concepción de servicio público en sentido ortodoxo y servicio público en sentido moderno, es decir, en un régimen de competencia, es necesario reconocer la pertinencia de la proposición del constituyente Brewer, pues facilitaba, sobre la base de los parámetros normativos que la informaban, formular una tesis sistemática y tendencialmente completa sobre los servicios públicos en Venezuela, que actualmente, como hemos visto, se dificulta mucho, razón por la cual posibilita el surgimiento de controversias doctrinales y hasta jurisprudenciales. Lamentablemente la referida proposición ni siquiera llegó a ser considerada por la Asamblea Nacional Constituyente.

Pero quizás convencido como estamos de la equivalencia entre **servicios públicos y servicios de interés público**, la señalada omisión constitucional, a los fines de examinar la naturaleza y el alcance de esta especial reserva de los servicios públicos, al parecer distinta a la que se origina en la "publicatio", sin dudas importante, no constituye un obstáculo insalvable. Pues bien, en esa línea argumental, para realizar dicho examen conviene transcribir la norma constitucional que contiene la aludida figura:

Art. 302 "**El Estado se reserva**, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones y **servicios** y bienes **de interés público** y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los

recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo".

Es preciso dejar constancia que nos referiremos exclusivamente a la aplicación del dispositivo transcrito para la reserva de servicios públicos, no obstante ello impone aproximarse al análisis general, y en ese orden de ideas el primer problema que se suscita tiene que ver, como bien lo hizo notar claramente el Constituyente Brewer, tanto en la primera como en la segunda discusión, con la diferencia entre el sentido de la norma en la Constitución de 1961, y el de la proposición en el Anteproyecto de Constitución de 1999, ahora norma (art. 302), en el texto constitucional. En efecto, aunque la ratio era la misma en ambos textos: la consagración de la figura de la reserva, el sentido que se le imprime a dicha reserva es absolutamente distinto en la Constitución vigente.

Cabe advertir en ese orden de razonamiento que en el texto derogado la reserva ciertamente tenía rango constitucional, pero estaba concebida como una potestad que se le otorgaba al Estado, para que por razones de conveniencia nacional ("El Estado podrá reservarse") se reservase industrias explotaciones o servicios públicos; en cambio; el texto de 1999 configura una verdadera **reserva constitucional**, al pautar categóricamente "El Estado se reserva", al enumerar y definir las actividades, industrias, acudiendo a los indicadores "interés público" y "carácter estratégico" y servicios que quedan de una vez reservados por el constituyente, o sea sustraídos del ámbito de actuación de los particulares, sin que pueda de ninguna manera pretender el órgano estatal competente exceder esos límites enunciados o definidos por la Constitución. En otras palabras, se limita la potestad del Estado a las actividades, industrias explotaciones y servicios taxativamente enumerados y definidos en el esquema normativo constitucional.

Conviene destacar que la reserva debe hacerse mediante una Ley Orgánica por denominación constitucional, lo que no hace más que

revelar la importancia sustantiva que la Constitución le otorga a esta figura, pues como es sabido en su sanción no se requiere la mayoría calificada exigida para las otras categorías de leyes orgánicas, ni tampoco está sujeta al control a priori de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Por otra parte la única actividad identificada expresamente en el artículo 302 constitucional es la **petrolera**, ya que las otras industrias, explotaciones, servicios y bienes para poder ser **reservados**, en principio deben ser de **interés público y de carácter estratégico**. No obstante, para el tema objeto de nuestro estudio, conforme a la equivalencia terminológica antes indicada, todo servicio público es por definición de interés público, dado que ese tipo de interés constituye el núcleo esencial del concepto de servicio público, razón por cual dicho indicador en el contexto del precepto constitucional resulta irrelevante a los efectos del presente examen.

Pese ello, debe reconocerse que la referida equivalencia podría plantear un serio problema para el funcionamiento de los servicios públicos, o por lo menos una contradicción contextual entre la reserva derivada de la calificación constitucional o legal del servicio público, que como hemos dicho, admite varios grados de reserva, y el concepto de reserva que doctrinaria, jurisprudencial y legislativamente ha privado en el país, el cual implica la asunción por parte del Estado tanto de la titularidad como de la operación de la industria o actividad, con la consiguiente exclusión total de los particulares.

Recordamos que las leyes denominadas popularmente de nacionalización petrolera y del hierro son claras expresiones legislativas de esa concepción, y dieron lugar a sendos monopolios de derecho, puesto que la reserva fue acompañada de la figura de la expropiación originando verdaderas nacionalizaciones. Es cierto que dicha concepción fue elaborada atendiendo a las disposiciones de la Constitución de 1961, pero es menester destacar que del artículo 302 bajo

examen, no se desprende que la reserva allí regulada tenga un carácter relativo, es decir, que permita la ruptura entre la titularidad de la actividad reservada y la gestión de la misma, por lo menos en el caso de los servicios públicos.

Sin embargo, debe reconocerse que en el artículo 302 de la Constitución de 1999, no aparece claramente recogida la concepción de la reserva en su máximo grado, es decir, la que supone la exclusión de los particulares de la actividad reservada, y consecuencialmente a la nacionalización. A esta observación hay que añadir que tanto los artículos 338 y 339 del Anteproyecto de Constitución que resultaron fusionados y originaron el actual artículo 302, preveían que las materias reservadas pudieran ser otorgadas en concesión, e igualmente facultaban al Estado para asociarse con el sector privado para el ejercicio de las actividades reservadas. Como es obvio esas previsiones desaparecieron del precepto bajo examen, lo que pareciera abonar en favor de la tesis que postula la consagración de una reserva concebida en los mismos términos de la Constitución de 1961, esto es, que da lugar a una verdadera nacionalización.

Por otro lado, observamos que si la intención constituyente hubiese sido consagrar una **reserva constitucional no absoluta**, distanciada de la concepción que había privado hasta entonces en Venezuela, todo indica que se imponía recoger ese quiebre conceptual en el propio texto del artículo consagratorio de esa reserva. En ese mismo orden de razonamiento si hipotéticamente esa era la intención constituyente, entonces resulta inexplicable que se hayan eliminado del dispositivo constitucional aquellas partes que contemplaban el otorgamiento de concesiones y las asociaciones con el sector privado para ejercer las actividades reservadas. De modo pues, que todos los razonamientos anteriores apuntan hacia la idea de la consagración de una concepción de la reserva que origina un estricto monopolio de derecho, o sea, una figura equivalente a la denominada nacionalización. Inclusive esa tesis resulta compatible con la libertad económica contem-

plada en el artículo 113 ejusdem, pues es la propia Constitución la que configura el límite, por lo demás muy restringido, reduciendo al máximo el peso que juega en la reserva la variable denominada razones de conveniencia nacional, bien mediante la enumeración de las materias, o bien mediante la delimitación conceptual de las no enumeradas.

14.11.1.2.2.5.2. **La reserva de servicios públicos.** Ahora bien, si la tesis antes expuesta (reserva igual a nacionalización, como se derivaba de la Constitución de 1961) resulta acertada, de todas maneras hay que recordar que la misma encontrará una aplicación restringida en las áreas reservadas de industrias, explotaciones o bienes públicos, distintas a las actividades petroleras, en virtud de que la Constitución las limita únicamente a aquellas que revisten carácter estratégico, razón por la cual debe reducirse el ámbito material de la reserva. En otros términos, se admite el carácter absoluto de la reserva, pero sujeta a los estrictos límites fijados por la Constitución, los cuales no pueden ser franqueados alegando razones de conveniencia nacional. En cambio, si se pretende extender dicha postura a los servicios públicos, se configura inmediatamente la contradicción antes indicada, pues al establecer una equivalencia conceptual entre **servicios de interés público**, y **servicios públicos**, entonces bajo el desarrollo argumental que sirve de base a la referida tesis, todo servicio público sería objeto de la reserva delineada en el artículo 302 constitucional, lo que conduciría a soslayar, o mejor a eliminar toda la construcción derivada de una actividad como servicio público, que da lugar a los diversos grados de "publicatio", siendo en el marco de esa construcción la publicatio máxima la excepción.

Tal tesis montada sobre el carácter absoluto de la reserva, no puede, en nuestro criterio, ser aplicada a los servicios públicos, mucho menos ahora que tanto la globalización como la liberalización de la economía son fenómenos que inclusive se imponen por la fuerza de los hechos, aun contra la fuerza formal del derecho en el mundo occidental, y obligan a la transformación del concepto de servicio público, tal como

lo vimos en la primera parte de este capítulo. Tratar de ignorar esa situación en la interpretación de una norma, tan sensible en el marco de la economía nacional, en el cual se inscriben la gran mayoría de los servicios públicos, como es el artículo 302 constitucional, resultaría un grave error y casi una insensatez, puesto que ello conduciría –insistimos– a excluir cualquier grado distinto de reserva al contemplado en el artículo 302 constitucional, y soslayaría la derivada de la calificación legal del servicio público contenida en distintos artículos de la Constitución, y en dispositivos de rango legal.

Por otro lado, es necesario advertir que a diferencia, por ejemplo, de la Constitución italiana y la española, que de alguna manera prevén la reserva de servicios públicos, articulada sobre la base del concepto de **servicios públicos esenciales**, lo que constituye un clarísimo límite para el legislador, nuestra Carta Magna de 1999, carece de indicadores similares, puesto que no contiene ninguna norma que aluda a una categoría específica de servicios públicos: esenciales, básicos, etc., a los que quedaría exclusivamente restringida la reserva contemplada en el artículo 302, por el contrario, como hemos dicho reiteradamente, lo que se desprende del aludido precepto es la equivalencia entre servicios públicos y servicios de interés público, que da origen a la tesis antes expuesta, sobre la base de que todo servicio público sin más, sería susceptible de esa especial reserva constitucional.

Por lo tanto, reiteramos la inaplicabilidad de dicha tesis a los servicios públicos, y pensamos que se impone la búsqueda de una solución distinta para el caso de la reserva de los servicios públicos, que se pueda derivar de la contextualización del artículo 302 del texto constitucional, la cual debe resultar de armonizar los artículos 112 (consagratorio de la libertad económica), con los artículos 84, 86,102, 156, etc., que contemplan expresos supuestos de calificaciones constitucionales de actividades y sectores de actividades como servicios públicos, y con el artículo 113 que contiene la regla de la prohibición de los monopolios, pero que al mismo tiempo prevé la gestión de los servicios públicos por parte de los particulares.

Precisamente la armonización de esa normativa debe conducir a postular que la reserva de los servicios públicos tiene un carácter relativo, originado en la calificación constitucional de la actividad y en la gestión otorgada a los particulares de los servicios públicos en el artículo 113, todo lo cual conduce a postular grados de publicatio o reserva que van desde la más intensa (excepcional), que puede originar un verdadero monopolio estatal (titularidad y gestión), pasando por la media que conduce a la operación por parte de los particulares, hasta la mínima que supone igualdad de derechos entre los particulares y el Estado para la gestión de determinados servicios públicos.

Consideramos que esa tesis hermenéutica basada en la armonización normativa y en los principios constitucionales antes enunciados, de todas maneras permite la posibilidad de acudir excepcionalmente a la reserva de servicios públicos o monopolios de derecho, dando lugar a verdaderas nacionalizaciones, mediante la correspondiente Ley Orgánica. Sin embargo, hay que reconocer que se puede llegar a esta misma conclusión, mediante el manejo un tanto utilitarista y pragmático del término "estratégico" contenido en el artículo 302 constitucional, pues en esa hipótesis únicamente operará la reserva absoluta, cuando sea posible calificar al correspondiente servicio público como de carácter **estratégico**. Sostenemos que la invocación del referido carácter estratégico supondría un manejo utilitarista del mismo, porque si existe una equivalencia entre servicios públicos y servicios de interés público, ese presupuesto conceptual debería ser el único que sirviera de base para la aplicación de la señalada reserva constitucional, pues el carácter estratégico es el indicador constitutivo del límite material de la reserva en el caso de actividades, explotaciones, industrias y bienes de interés público, diferentes a la actividad petrolera, mas no en el caso de los servicios públicos, pues existiendo la equivalencia con los servicios de interés público, dicho carácter resulta irrelevante a los fines de la fijación del referido límite.

En conclusión cualquiera que sea la tesis hermenéutica a la que se adscriba el lector, lo que sí debe quedar claro es que la reserva absoluta

de servicios públicos contemplada en el artículo 302 constitucional debe ser concebida a la luz de los principios constitucionales antes señalados, como una potestad excepcionalísima, inclusive si se acude en tal sentido al concepto jurídico indeterminado denominado en esa norma "carácter estratégico"; razón por la cual nos atrevemos a formular algunos lineamientos en esta materia, en el contexto de la noción clásica del servicio público, a saber: a) la "publicatio" de una actividad o de un sector de actividad, comporta ipso iure una reserva para el Estado de dicha actividad; b) esa "publicatio" admite varios grados, que van desde la publicatio máxima (reserva de la titularidad y de la gestión), pasando por la publicatio media (concesión de la gestión a los particulares), hasta la publicatio mínima (servicios compartidos).

c) Puede coincidir la reserva en el estadio de publicatio máxima, derivada de la calificación constitucional o legal de la actividad, con la reserva prevista en el artículo 302 constitucional, caso en el cual por razones de seguridad jurídica, pues no debe olvidarse que toda publicatio significa una restricción a los derechos ciudadanos, sobre todo el concerniente a la libertad económica, desagregado en libertad de empresa, de industria y de comercio, la declaratoria de reserva del servicio debe operar mediante una Ley Orgánica por denominación constitucional, en virtud de que tiende a la postre a originar un verdadero proceso de nacionalización.

d) La reserva admite una matización, cuando es producto de la calificación legal del servicio, ya que en principio el Estado conserva la titularidad y la gestión, pero ello de ninguna manera impide que la Administración pueda permitir la actuación de los particulares, generalmente mediante el contrato de concesión de servicio público. Finalmente, lo importante es resaltar que la concepción clásica de servicio público implica una restricción o limitación de los derechos de los ciudadanos, pero de conformidad con las previsiones de la Constitución de 1999, ella se reduce al mínimo, posibilitando al máximo la gestión u operación de esos servicios por parte de los ciudadanos.

14.11.2. **Hacia la transformación del concepto de servicio público en el ordenamiento jurídico venezolano**.

14.11.2.1. **De la "publicatio" a la "despublicatio"**. Conviene reiterar la premisa básica que condiciona la existencia del servicio público en sentido clásico, a la previa calificación legal o constitucional de una actividad o un conjunto de actividades como tal servicio público ("publicatio"), calificación que origina "ope legis" una reserva de esas actividades para el sector público, y a la vez la exclusión de los particulares del ámbito de las mismas. Igualmente es necesario reiterar que independientemente del grado de intensidad de esa "publicatio", de todas maneras, en el marco de la referida concepción teórica, el Estado conservará el monopolio de la titularidad de las actividades, salvo en el caso de la publicatio mínima, en el que la prestación del servicio puede compartirla con los particulares, pero siempre bajo un régimen jurídico especial.

Cabe advertir, por otro lado, que el examen realizado precedentemente al ordenamiento jurídico venezolano, evidencia que ese esquema conceptual está presente en el mismo, pero con la particularidad de que en varios supuestos la "publicatio", a diferencia de lo que ocurre en otros países, que generalmente encuentra su base de sustentación en instrumentos de rango legal, en el caso venezolano aparece en la propia Constitución, tal como ocurre con los servicios de salud, educación, telecomunicaciones, correos, espectro electromagnético, electricidad, agua potable y gas, entre otros. En esta línea de razonamiento resulta conveniente recordar que la "publificación" legal o constitucional hace nacer un especial régimen jurídico para el servicio público, explicitado en páginas anteriores, montado básicamente sobre el poder de intervención del Estado, bien de manera directa o indirecta.

Precisamente ese es el régimen que en términos generales se desprende del examen de la Constitución, de tal manera que es posible predicar el claro predominio del concepto clásico de servicio público en

Venezuela, el cual reposa –insistimos– sobre la denominada "publicatio". Ahora bien, ni en la Constitución ni en la realidad nacional se desconocen los actuales procesos de globalización, de liberalización y de privatización de amplios sectores de la economía a nivel mundial, encontrándose la mayoría de esos sectores encuadrados, en el caso venezolano, en el señalado régimen de los servicios públicos clásicos. Aunque se pretendiese, inclusive desde la perspectiva formal jurídica, parecería casi imposible ignorar la incidencia de esos procesos en nuestro ordenamiento.

Por esa razón, resulta imperativo iniciar un tránsito gradual y progresivo desde la "publicatio" hacia la "despublicatio", con la finalidad de ir hacia una transformación, no una extinción, del concepto de servicio público clásico, la cual debe implicar necesariamente el mantenimiento del contenido social del mismo, esto es, la tutela de necesidades vitales de la sociedad, afincada sobre el principio de igualdad constitucional. En otras palabras, se trata de avanzar normativamente hacia ese nuevo concepto de servicio público, o moderno concepto, como lo denomina la doctrina, caminando hacia una ideal "despublicatio", ordenada sobre el principio de la libre competencia.

El tránsito de la "publicatio", que comporta un régimen de control, dirección e intervención por parte del Estado en las actividades publificadas, así como sobre las empresas que gestionan esas actividades, a la "despublicatio", que implica un régimen de ordenación y regulación de las actividades de los particulares, sobre la base del respeto y perfeccionamiento del principio de la libre competencia, impone la realización de un riguroso examen del ordenamiento jurídico venezolano, para determinar en qué medida se puede, ante la indudable existencia de normas constitucionales, cuya ratio es dibujar el concepto clásico de servicio público, iniciar un tránsito mediante las leyes correspondientes, al concepto de servicio público moderno, sin sacrificar principios jurídicos fundamentales.

14.11.2.2. **La pretensión de la despublificatio o liberación de ciertos sectores, mediante ley, basados en la preeminencia del principio de la libre competencia, pese a la calificación constitucional como servicio público de algunas actividades**.

14.11.2.2.1. **La tendencia a predicar la despublificación y liberalización de sectores de la economía, basada en el proceso de globalización**. Debemos comenzar este punto señalando que existe una tendencia jurídica favorable a la plena liberalización de sectores de la economía que hasta ahora han funcionado bajo el esquema del servicio público tradicional, cuyos partidarios en algunos casos, como vimos precedentemente, llegan a propugnar la muerte o extinción del servicio público. No es de extrañar que esa tendencia se haga sentir en Venezuela, y ello explique que sin mayores discusiones doctrinarias llegue a sostenerse, por ejemplo, que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOT) estableció la **despublificación y la desregulación** del sector disciplinado en ese texto legislativo. Pensamos que tal aseveración pareciera tener su origen más en la señalada globalización, y en la idea del neoliberalismo, que en el ordenamiento jurídico venezolano.

14.11.2.2.2. **La calificación legal y la reserva como base del análisis de la tesis de la despublificación**. Es necesario precisar que a los fines del presente análisis utilizaremos el ejemplo de las telecomunicaciones, conceptuadas como servicio público, en virtud de la señalada afirmación acerca de su despublificación, pero los resultados del referido análisis podrán extenderse a todos los servicios públicos, atendiendo a la necesidad de compatibilizar esas actividades de la Administración con el proceso de globalización, pero sobre todo con el principio constitucional de la libre competencia. Insistimos en que la formulación de una tesis del tenor indicado requiere, en primer lugar, un riguroso examen del elemento normativo del ordenamiento, y en segundo lugar, una completa discusión doctrinaria sobre el asunto, que conduzca sobre la base de argumentos lógicos, convincentes y persuasivos, a concluir con la referida formulación.

Desde luego, que en esa perspectiva metodológica no bastará con señalar, en forma por demás genérica, que la despublificación se desprende del contexto de la LOT, porque dicho instrumento normativo suprimió la reserva que aparecía consagrada en la Ley de Telecomunicaciones de 1940 a favor del Estado, ni tampoco resulta suficiente citar sentencias de la extinta Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, que postulan el ejercicio del derecho a la libre competencia, dentro de los gestores de los servicios públicos, inclusive cuando participe como gestora la propia Administración. Más adelante expondremos nuestras razones para intentar demostrar que no basta la invocación de ese texto normativo, y las referidas sentencias para arribar a la conclusión relativa a la despublicatio y desregulación del sector de las telecomunicaciones, pero como este es un texto didáctico, estimamos que debemos comenzar por examinar el problema desde el principio.

En esa línea argumental no nos cansaremos de invocar la tesis aceptada sin discusión por la doctrina nacional y extranjera, en el marco del concepto del servicio público clásico, acerca de la necesidad de calificación o tipificación legal de una actividad para que revista el carácter de servicio público, así como las consecuencias que dicha calificación arroja: la reserva relativa o absoluta de ese sector de actividades para el Estado. Insistimos en que el grado de intensidad de la reserva derivado del correspondiente ordenamiento, resulta irrelevante en relación con la existencia de la reserva misma, derivada de la indicada calificación.

Por otra parte, la calificación normativa que da lugar a la citada figura de la reserva, puede estar contenida en un instrumento de rango legal, como ocurre normalmente, pero nada obsta para que aparezca en normas de rango constitucional, sin que ello autorice, como ocurre en Francia, a hablar de servicios públicos constitucionales. Si la calificación opera mediante la Carta Magna, aun en el marco de la globalización y el creciente proceso de liberalización, se torna mucho más difícil la

posibilidad de la despublificación de la actividad calificada como servicio público, pues para ello habrá que acudir por la vía textual o contextual a otras normas o principios constitucionales, que por supuesto podrán ser desarrollados en un texto de rango legal.

O sea, que sólo por la vía de la armonización de las referidas normas o principios constitucionales, sería posible la mencionada despublificación, lo que por cierto no es un argumento ni siquiera manejado indirectamente por los sostenedores de la aludida tesis sobre la despublificación de las telecomunicaciones, pero es que una pretendida armonización constitucional en tal sentido, tampoco resulta posible, o por lo menos no se puede originar de actividades conceptuadas como servicios públicos por normas constitucionales, como lo demostraremos más adelante.

Ni qué decir sobre la contrariedad a elementales principios hermenéuticos, y a sólidos principios conceptuales, que comporta pretender postular la "despublicatio" y la desregulación de un sector de la economía, que ha sido calificado de manera inequívoca como un servicio público por una norma constitucional, mediante normas de rango legal. En esa línea argumental debemos adherirnos a la tesis moderna, casi indiscutible acerca de la necesidad de avanzar hacia un nuevo concepto de servicio público, siempre que en el mismo se mantenga el contenido social que desde su orígenes lo ha acompañado, asegurándolo mediante, entre otras garantías, de la imposición de las denominadas obligaciones de servicio público, entre las cuales destaca el denominado "servicio universal". Sin embargo, ese "desideratum" no nos puede de ninguna manera, dada nuestra condición de docentes, conducir a soslayar principios generales del Derecho y de la interpretación jurídica, como son los que se derivan de la calificación constitucional de una actividad como servicio público, y aceptar que todo el régimen especial que nace de esa calificación, pueda ceder ante una declaración textual o contextual de "despublificación" contenida en una Ley o en un instrumento de rango legal.

14.11.2.2.3. **Los límites constitucionales a la despublificación de las telecomunicaciones**. Reiteramos que nos referimos al servicio público de las telecomunicaciones, porque el aludido sector de la doctrina afirma que la nueva Ley condujo a la despublificación y desregulación de dichas actividades, pero el análisis es válido para todos los servicios públicos. Pues bien, como lo expusimos antes, la Constitución cuando en el artículo 156 delinea las competencias del Poder Público Nacional, en sus numerales 28 y 29, menciona entre otras **el régimen del servicio de correo y de las telecomunicaciones, así como el régimen y administración del espectro electromagnético, el régimen de los servicios públicos de electricidad, agua potable y gas**, calificando de esa manera, por lo demás categórica, como servicios públicos a las actividades mencionadas, y destacamos en ese sentido a las telecomunicaciones, porque constituye el eje sobre el cual gira el presente análisis.

Es menester aceptar que el dispositivo constitucional contenido en el numeral 28 del artículo 156 constitucional, no adiciona el adjetivo calificativo "público" después de utilizar el término servicio, para referirse a las telecomunicaciones, pero sin dudas que tal omisión, de carácter literal, no puede llegar a constituir un argumento para desnaturalizar la calificación de servicio público de las telecomunicaciones, no sólo porque tradicionalmente ese sector de actividades ha revestido tal carácter, inclusive a nivel de casi todos los países, sino porque en Venezuela esa calificación constitucional es de larga data, pues viene desde la Constitución de 1936, y encuentra desarrollo en la Ley de 1940. A mayor abundamiento la calificación constitucional está asociada a otra materia que de antiquísima data ha recibido, sin ninguna discusión, la condición de servicio público, como lo es el correo.

En fin, el hecho de que en el esquema normativo constitucional contenido en el numeral 28 del artículo 156, no aparezca el calificativo "público", después de referirse al servicio de telecomunicaciones, a diferencia del recogido en el numeral 29 de ese mismo precepto, en el

cual los sectores allí enunciados, como el agua, el gas y la electricidad, sí van acompañados del mencionado adjetivo, carece de entidad para sustentar una tesis que pretenda negar la calificación de servicio público del sector de las telecomunicaciones realizada por la Constitución.

Pues bien, desde cualquiera perspectiva en que se coloque el intérprete concluirá en que el artículo 156, numeral 28 de la Constitución, califica a las telecomunicaciones como un servicio público, manteniendo de esa manera, dicho sea de paso, la tradición constitucional. Si esa tesis es correcta, debe admitirse que se desencadenan, por obra de la Constitución, las correspondientes consecuencias, esto es, fundamentalmente la **reserva**, en principio de la titularidad de la actividad, como ocurría durante la vigencia de la Constitución derogada, o sea, que se mantiene la "publificación" de la actividad, por supuesto con la intensidad atenuada que señalaremos más adelante.

Por consiguiente, esa calificación constitucional constituye un obstáculo casi insuperable para intentar dar un salto de la publicatio a la despublicatio, mediante un instrumento de rango legal, como pretende el antes señalado sector de la doctrina nacional. Más aún, en la hipótesis de que la calificación fuera legal y no constitucional, un tránsito como el propuesto resulta difícil de que ocurra en esa forma, pues la despublicatio significa la superación del concepto tradicional de servicio público, y la plena apertura del correspondiente sector, el cual queda fuera del ámbito del Estado, a los particulares que cumplan con los requisitos exigidos en la neorregulación, la cual aparece consagrada para propiciar el inicio de la libre competencia, o perfeccionar la misma ("ordenatio").

En ese sentido hay que recordar que la despublificación o "despublicatio" implica la inexistencia de actividades de servicio público, en vista de que los gestores que operan en un régimen de libre competencia no realizan actividades de servicio público, como sí lo hacen cuando están inscritos dentro del régimen de la "publicatio". Como bien lo sostiene VILLAR EZCURRA (1999), desde esta pers-

pectiva no es posible considerar al servicio como algo tangible e identificable como puede ser una actividad (energía eléctrica, agua, etc.), pues "**en los sectores liberalizados ya no existirán actividades de servicio público, sino formas de prestación de esa actividad al modo (o con obligaciones) de los servicios públicos**".

Hemos querido trazar el panorama que origina una despublificación, como pretenden algunos sectores que ocurrió con las telecomunicaciones al publicarse el nuevo texto legislativo, para demostrar que ese escenario, haciendo abstracción de la pretensión de que la indicada "despublicatio" opere desconociendo la voluntad constitucional recogida en el artículo 156, numeral 28 de la Constitución, resulta muy difícil de configurarse de una sola vez, aun cuando así esté previsto en un texto legal con entidad para suprimir la "publicatio" precedente, pues insistimos en que se trata de un proceso gradual, inclusive con sucesivas reformas legislativas o reglamentarias, que permitan pasar al Estado de contralor e interventor a ordenador, siempre preservando el contenido social del concepto de servicio público.

Pero contra la tesis de la despublificación de las telecomunicaciones que pretende derivarse de la LOT, choca frontalmente además de la aludida calificación constitucional como tal servicio público (art. 156, num. 28), la norma contenida en el artículo 302 constitucional que, como vimos precedentemente, consagra la posibilidad de erigir, mediante ley orgánica, **una reserva absoluta**, equivalente a la nacionalización, de cualesquiera servicios públicos, dentro de los que entran lógicamente los de telecomunicaciones. Desde luego que la existencia de una verdadera despublificación, como la que postulan para el sector de las telecomunicaciones, no admite ningún tipo de reserva, mucho menos una como la indicada en el citado precepto constitucional, cuya naturaleza y alcance ya examinamos (reserva absoluta). Por lo demás el servicio de telecomunicaciones, tampoco podría escapar a la reserva menos intensa (monopolio sólo de la titularidad de la actividad), contemplada para todos los servicios públicos en el artículo 113, único aparte, constitucional.

Cabe finalmente añadir, aunque pueda parecer paradójico, que si bien en la LOT no existe una eliminación textual y expresa de la reserva prevista en la Ley de 1940; en cambio, ese texto legislativo sí crea una especial reserva de servicios de telecomunicaciones para la defensa y la seguridad nacional (art 8), lo que, en estricta puridad conceptual, atenta contra la tesis de la despublificación de las telecomunicaciones, ya que dicho dispositivo no hace más que revelar una concreción de la reserva contemplada en el texto constitucional, y al fin y al cabo un obstáculo insalvable para predicar una verdadera despublificación.

14.11.2.2.4. **Los límites a la despublificación derivados de la propia LOT**. Si los argumentos anteriores basados en expresas disposiciones constitucionales fueren considerados insuficientes a los fines de rechazar la tesis que propugna la despublificación del servicio público de las telecomunicaciones en Venezuela, estimamos que de la propia LOT también se desprenden límites que niegan la consagración de la "despublicatio". Para ponerlos en evidencia es necesario aludir a las pocas razones esgrimidas por los partidarios de la referida tesis. En ese orden de razonamiento, recordamos que se afirma que la LOT de manera contextual, no de manera expresa ni específica, lo que dicho sea de paso resulta válido jurídicamente, consagró la despublificación de las telecomunicaciones, porque eliminó la reserva que estaba contemplada en la Ley de 1940, que conviene aclarar era un reserva de la titularidad, porque los particulares podían gestionar el servicio mediante la figura de la concesión administrativa.

Al respecto debe reconocerse que contextualmente en la LOT se aprecia una tendencia a eliminar la reserva prevista en la Ley de 1940. Decimos que se aprecia una tendencia porque la normativa ciertamente favorece, si se compara con la de 1940, la participación de los privados en el sector de las telecomunicaciones; sin embargo, esa importante matización normativa no conduce a que el texto legislativo olvide el carácter de servicio público de las telecomunicaciones, situación que queda perfectamente reafirmada en su artículo 5, que consagra como

mecanismos para la actuación de los particulares "**la habilitación administrativa, y LA CONCESIÓN de ser necesaria, en los casos y condiciones que establece la Ley**".

Esta contundente expresión normativa revela de manera categórica la voluntad de mantener la reserva de la titularidad de las actividades de las telecomunicaciones por parte del Estado, ya que sólo es posible otorgar CONCESIONES cuando la titularidad del servicio está reservado a la Administración. En efecto, en ese orden de ideas reiteramos que existe una contradicción insuperable entre la pretensión de la despublificación, desregulación y consiguiente liberalización de un sector de actividades reputado precedentemente como servicio público, con la concesión como mecanismo de gestión de esas actividades, que inclusive está prevista en la Constitución como la figura básica para que el Estado opere mediante particulares los servicios públicos. De allí que del propio texto de la Ley se infiera la negativa a la despublificación de los servicios de telecomunicaciones, y por el contrario el mantenimiento de la "publicatio".

A mayor abundamiento reiteramos que la despublificación implica un escenario de igualdad en el ejercicio del derecho a la libre empresa en el sector de actividades que corresponda, en un régimen de libre competencia, pudiendo formar parte de los competidores el propio Estado, pero en las mismas condiciones que un particular. O sea, que se produce una liberalización del sector económico, por supuesto sobre la base de una nueva ordenación proveniente del Estado, cuya finalidad básica es tornar efectiva y eficaz la libertad de competencia.

Luego, en el escenario indicado no se requiere obtener concesión alguna, sino que sobre la base denominada "libertad de entrada", que es una de las cuatro libertades propias de los sectores económicos liberalizados, cualquier particular que reúna los requisitos exigidos por la Ley, está legitimado para iniciar su actividad en el correspondiente sector. Por tanto, desde que el citado artículo 5 de la LOT contempla a

la figura de la concesión para el acceso al manejo de las telecomunicaciones, está negando la referida libertad; y en consecuencia, se torna en un obstáculo jurídico para predicar la despublificación de cualquier sector económico de actividades. O sea, que el citado artículo 5 de la LOT atenta intrínsecamente contra la tesis de la despublificación de las telecomunicaciones.

Pero si se pudiera considerar que la referencia a la concesión contenida en el artículo 5 de la LOT, porque el dispositivo también consagra como mecanismo de acceso a esas actividades la habilitación administrativa, tuviera un carácter incidental, tal objeción debe desestimarse porque el propio texto legal reafirma el carácter relevante de la concesión en su Capítulo I del Título VI denominado, del "Espectro Radioeléctrico", que alude y define a la concesión de uso del espectro radioeléctrico, inclusive denomina el correspondiente artículo (73) "**concepto y naturaleza de la concesión**". El capítulo II de ese mismo título diseña el procedimiento para el otorgamiento de la **concesión** de uso y explotación del espectro radioeléctrico. Es decir, que en el mejor de los casos existe una coexistencia normativa entre habilitación administrativa o autorización concesión, lo que de por sí basta para negar la aludida "despublificación" de las telecomunicaciones.

De modo, pues, que no cabe duda acerca el papel relevante que la Ley de Telecomunicaciones de 2000 le atribuye a la figura de la concesión, aunque aparezca asociada en algunos casos a la habilitación administrativa, pues ello no hace más que reafirmar la tesis sobre la inexistencia de la despublificación y consecuente liberalización de las telecomunicaciones en Venezuela, como consecuencia de la entrada en vigencia del mencionado instrumento normativo. Consideramos importante añadir que LA CONCESIÓN no puede considerarse como un accidente en la topografía de la LOT, en virtud de que su consagración en dicho texto legislativo responde al marco de la teoría general de los servicios públicos, y concretamente al concerniente al de las telecomunicaciones, derivado del propio texto constitucional, que erige a la

CONCESIÓN en la figura jurídica básica para la gestión de los servicios públicos, tal como se desprende no sólo del citado artículo 113 constitucional, sino principalmente de la disposición transitoria decimoctava que obliga a establecer en una Ley especial los elementos fundamentales que deben estar presentes en todas las concesiones de servicios públicos, a los fines de garantizar el funcionamiento eficaz y eficiente de los mismos, de tal manera que el constituyente ordena al legislador que la regla de gestión de los servicios públicos esté afincada esencialmente en la figura de la concesión sujeta a los requisitos indicados, siendo servicio público toda actividad calificada como tal, legal o constitucionalmente, que es lo que ocurre con las telecomunicaciones (art. 156, num 28 const); de allí que la figura de la concesión en la LOT además de responder al indicado marco teórico, constituye un desarrollo de las citadas normas constitucionales, y en ningún caso podría llegar a ser calificada como un accidente o un error en el texto de la referida Ley.

Más aún, los propios partidarios de la tesis de la despublificación de las telecomunicaciones, que derivan de la LOT, confiesan que la misma encuentra serios obstáculos en la propia Ley, denominándolos "principios contrarios a la liberalización", entre los cuales mencionan: la ausencia de contenido de la libertad económica, en lo tocante a la falta de definición de los derechos de los operadores; la deslegalización de las limitaciones de la libertad económica, que se traduce en el ejercicio de potestades no previstas en la Ley, pero cuya identificación se reenvía a instrumentos de rango sublegal. Así mismo indican que existe una ausencia de requisitos que deben cumplir los interesados para obtener las autorizaciones para iniciar actividades en el sector de las telecomunicaciones, y en fin que la Ley remite a reglamentos el establecimiento de limitaciones al ejercicio de las actividades de telecomunicaciones.

En suma, el examen de la Ley, haciendo abstracción de los antes identificados preceptos constitucionales, que de manera específica y general regulan al servicio público de las telecomunicaciones, evidencia indudablemente, en nuestro criterio, que la tesis sobre la despublifica-

ción de las telecomunicaciones esgrimida por un sector de la doctrina nacional, resulta errónea, cuando la misma es analizada ajustándose a los parámetros hermenéuticos básicos, así como a nociones conceptuales de principio en materia de servicio público.

Por tanto, en el contexto de ese esquema metodológico y doctrinario no resulta posible inferirla del mencionado texto legal, y por el contrario todo indica que pese a la innegable incidencia de los procesos de globalización y de liberalización de la economía, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, aunque consagra la coexistencia de la concesión con la habilitación administrativa como mecanismos de acceso de los particulares al sector de las telecomunicaciones, mantiene, por lo demás respetando los parámetros constitucionales, los elementos básicos que permiten definir a las telecomunicaciones como un servicio público tradicional, es decir, presidido por el principio de la "publicatio".

Tampoco constituyen argumentos que permitan predicar la despublificación de las telecomunicaciones las citas jurisprudenciales de la extinta Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Supremo de Justicia, que declaran la plena vigencia del principio de la libre competencia y el respeto por los particulares y los órganos del Estado al mismo, en virtud de que tales fallos encuentran plena fundamentación en un régimen de servicios públicos gestionados por los particulares mediante la figura de la concesión, e inclusive de la denominada habilitación administrativa. En otras palabras, es posible predicar, por supuesto que con sus pequeños o grandes matices, el respeto a la libre competencia, tanto en un régimen presidido por la "publicatio", como en uno presidido por la "despublificatio".

14.11.2.3. **La matización en el concepto de servicio tradicional, derivada de la armonización del principio de la libertad de competencia contenido en los artículos 113, 299 y disposición transitoria decimoctava, constitucionales**. Ya hemos dicho que en el mundo actual los ordenamientos jurídicos no pueden ser refractarios a

los fenómenos mundiales de la globalización y de la liberalización económica, los cuales de derecho o de hecho, hay que reconocerlo han originado un conjunto de reglas que inclusive superan los ámbitos territoriales de los correspondientes ordenamientos jurídicos. Por esa razón la Constitución de 1999 consagra en términos muy amplios el derecho de libertad económica (art. 112), desagregado más específicamente en libertad de trabajo, de empresa, de industria y de comercio, complementándolo con el derecho a la libre competencia, concretado en vía indirecta en la prohibición absoluta de monopolios (art 113), el cual aparece nuevamente consagrado contextualmente en el artículo 299, y en la disposición transitoria decimoctava de la Constitución.

De manera pues, que la libre competencia es uno de los principios constitucionales económicos, cuya aplicación resulta esencial para el logro del perfeccionamiento y la consolidación del sistema de economía social de mercado delineado en el artículo 299 constitucional. Por consiguiente, es lógico que al tornarse operativo dicho derecho incida en los servicios públicos de carácter económico, como son el gas, la electricidad, el agua, las telecomunicaciones, el correo, etc. Ahora bien, es necesario destacar que pese a la importancia de la consagración de ese derecho en la Constitución, ello no basta para despublificar sectores económicos calificados por el propio texto constitucional como servicios públicos, pero desde luego, como expresamos antes, que su ejercicio tiene una incidencia capital en el desarrollo de las actividades en esos sectores económicos. Atendiendo a esa premisa, por lo demás de orden constitucional, intentaremos armonizar la gestión de esos servicios públicos, desde luego en un régimen de "publicatio", con el principio de la libre competencia. Insistimos en que dentro del marco de ese esquema normativo no es posible predicar todas las libertades que caracterizan el nuevo concepto de servicio público, precisamente afincado en la libre competencia, es decir, la libertad de entrada, el libre acceso al mercado, la libertad de contratación y formación competitiva de los precios y la libertad de inversión. Si no es posible hacer una prédica en términos absolutos, nada obsta, e inclusive

así lo impone el principio constitucional bajo examen, para que en el proceso de matización del concepto de servicio público, puedan accederse a una o varias de esas libertades, sin sacrificar la esencia del concepto tradicional (reserva de titularidad).

Así por ejemplo, en los actuales momentos tornar operativo el principio de la libre competencia en materia de telecomunicaciones, gas y electricidad, impone la desintegración vertical de las actividades competitivas y no competitivas, pues en las primeras operará la libre competencia atendiendo a las bases ordenadoras establecidas por el Estado (ordenatio), y en las segundas, las no competitivas, concernientes al acceso a las estructuras e instalaciones básicas para la realización de las actividades correspondientes. Se trata de garantizar el derecho al acceso de todos los operadores, para de esa manera lograr que se produzca la competencia en la oferta de servicios.

En la nueva concepción de la libertad de empresa y sobre todo de la libertad de competencia recogida en la Constitución, aun cuando se trate de servicios públicos, como los mencionados, se hace necesario realizar la referida desintegración vertical de las actividades, ya que es la única manera de garantizar la vigencia efectiva de la libre competencia. Así ha sido entendido por el legislador venezolano, cuando en el artículo 7 del Decreto Ley del Servicio Eléctrico de 1999, establece que la capacidad de transporte de las redes de transmisión y distribución de energía eléctrica están a disposición de quienes ejerzan actividades en el servicio eléctrico, a menos que existan razones técnicas que lo impidan. Por supuesto que el acceso a esas redes debe ser remunerado. Igualmente lo hace en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, que preceptúa que "Los almacenadores, los transportistas y los distribuidores de hidrocarburos gaseosos y sus derivados, están obligados a permitir el uso de sus instalaciones a otros almacenadores, transportistas y distribuidores, cuando dichas instalaciones tengan en capacidad disponible para ello. Su utilización se realizará en las condiciones que las partes

convengan contractualmente. A falta de acuerdo, el Ministerio de Energía y Minas establecerá dichas condiciones".

Igualmente la Ley Orgánica de Telecomunicaciones regula el acceso a las redes, fundamentalmente en el artículo 130, en los siguientes términos: "Los operadores de redes de telecomunicaciones tienen la obligación de interconectarse con otras redes públicas de telecomunicaciones con el objetivo de establecer entre los usuarios de sus servicios, comunicaciones interoperativas y continuas en el tiempo. La interconexión se hará de acuerdo con los principios de neutralidad, buena fe, no discriminación e igualdad de acceso entre operadores, conforme a los términos establecidos en esta Ley, sus reglamentos y demás normas aplicables".

Hemos citados tres normas emblemáticas, porque regulan el acceso a las redes por parte de los operadores, las cuales resultan esenciales para permitir el ejercicio de la libre competencia, lo que demuestra que no se requiere la despublificación de sectores de actividades conceptuados como servicio público, para ir transitando el camino hacia su desregulación y privatización, mediante la regulación de las denominadas actividades no competitivas, la cual resulta vital para lograr la libertad de mercado de las actividades competitivas. Pero también la libertad de entrada aparece parcialmente regulada, con cierta confusión, en varios artículos de la LOT, especialmente en el 5, que establece la habilitación administrativa, que pareciera más bien una autorización de las denominadas operativas, pero a la vez permite invocar el carácter reglado de la misma, por cuanto su contenido habilita exclusivamente para realizar las actividades del respectivo sector. Aparte de que escapa a los objetivos de este trabajo el estudio de la naturaleza de esta figura, así como su armonización con la concesión, también prevista en el mismo dispositivo, interesa destacar los avances de nuestra legislación en la búsqueda de un camino de transición entre el concepto clásico de servicio público, y el concepto moderno, sin que dichos avances puedan considerarse lesivos al ordenamiento jurídico y

al marco doctrinario que sirve de base a los servicios públicos en sentido clásico.

En fin, la armonización de la libertad económica concebida en la forma más amplia posible, con la prohibición de monopolios (libertad de competencia), tal como aparecen reguladas en la Constitución de 1999, en el marco de los actuales procesos de globalización y liberalización económica, impone comenzar un camino que conduzca gradualmente desde la "publicatio" en los sectores calificados como servicios públicos, a la despublificación, desregulación y neorregulación de dichos sectores, pudiendo para ello acudir hasta donde resulte posible jurídicamente, a elementos claves que presiden en otros países el nuevo concepto de servicio público. Esa posición del legislador, además de ser la aconsejable, resulta compatible tanto con las especiales regulaciones constitucionales sobre servicios públicos, como con el marco teórico que le sirve de base de sustentación a los mismos. Por lo demás ha quedado demostrado que esa es la posición asumida en los casos de las leyes de Telecomunicaciones, de Hidrocarburos Gaseosos y del Servicio Eléctrico.

14.11.2.4. **Ideas para el manejo operacional de la teoría de los servicios públicos en Venezuela**. Partiendo de la conclusión anterior, así como basados en el marco teórico trazado en la primera parte, a continuación formulamos un conjunto de ideas de las cuales se podría afirmar que envuelven, en algunos casos, verdaderas conclusiones, expuestas en forma muy resumida, que pueden resultar útiles a los operadores jurídicos para abordar algunas situaciones problemáticas que con mucha probabilidad se suscitarán en el manejo práctico de los servicios públicos, o bien cuando pretendan proponer normativas sobre esa materia. Insistimos en que se trata de meras ideas expuestas en forma esquemática, cuyo desarrollo daría lugar a un verdadero estudio monográfico, lo que obviamente escapa a los objetivos que nos planteamos al redactar este capítulo del Manual.

Entre esas ideas destacan las siguientes: a) en términos generales se pueda afirmar que toda actividad económica calificada como servicio público, implica que corresponde al Estado única y exclusivamente la titularidad de dicha actividad, así como la gestión de la misma a los particulares; b) la reserva absoluta de los servicios públicos contemplada en el artículo 302 constitucional, debe tener un carácter excepcionalísimo, pues de lo contrario se lesionaría el principio de prohibición de monopolios, y en definitiva el derecho a la libre competencia. Sin embargo, no debe tener ningún temor el legislador de constituir una reserva absoluta en determinado servicio público, cuando las circunstancias y el interés público así lo impongan, en el entendido de que ello supone un monopolio tanto de la titularidad como de la gestión por parte del Estado.

c) En términos generales se puede afirmar que la gestión u operación de los servicios públicos debe estar basada fundamentalmente en la figura de la concesión, pero que en el tránsito hacia el concepto moderno de servicio público, excepcionalmente pueden arbitrarse fórmulas que son propias de los sectores despublificados y desregulados, como la autorización o habilitación administrativa, como ocurre en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Sin embargo, en ese caso es necesario que la normativa que recoja dichas fórmulas obedezca a criterios doctrinarios claros y operativos, pues no debe olvidarse que constituye una verdadera atipicidad la inserción de la autorización en un régimen clásico de servicio público. No obstante, insistimos en que la globalización y la liberalización pueden conducir hacia esas soluciones normativas, pero se requiere que se tenga muy claro el panorama conceptual, de tal manera que pese a la referida atipicidad la figura sea operativa, y no llegue a convertirse en una fuente de conflictos y de actuaciones arbitrarias por parte de la Administración, que conduzcan a afectar el funcionamiento del correspondiente servicio. Igualmente es posible erigir como mecanismos de acceso a las actividades por parte de los particulares a la autorización y a la concesión conjuntamente, como también ocurre en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

d) El avance hacia esas fórmulas de gestión en normas de rango legal, de ninguna manera constituye una lesión a las normas constitucionales que califican a los respectivos sectores de actividades de servicios públicos, siempre y cuando quede claramente asentada la reserva de la titularidad de dichas actividades para el Estado; e) aquellos sectores de la economía que no hayan sido calificados por la Constitución como servicios públicos, pueden ser despublificados mediante Ley, iniciando de esa manera el tránsito del concepto de servicio público en sentido tradicional, al concepto moderno de servicio público, en los términos antes expuestos.

f) Aun en la hipótesis de que sea posible despublificar una actividad económica de las no calificadas constitucionalmente como servicio público, mediante ley, es necesario tener muy presente a pesar de que ello comporta la desaparición de la prestación por parte del Estado en forma directa o indirecta, el contenido social del servicio público, razón por la cual la Administración en el proceso de neorregulación y ordenación tiene el deber ineludible de establecer las obligaciones de servicio público, especialmente las relacionadas con el denominado servicio universal.

g) Bien que se trate del servicio público en sentido tradicional o de una modalidad de transición hacia el concepto moderno, el mismo debe estar presidido por el principio de la continuidad y la regularidad; h) la concesión sigue siendo la figura básica para la gestión indirecta de los servicios públicos por parte del Estado, y si bien es cierto que cada contrato debe obedecer a la respectiva naturaleza del servicio, en la suscripción de los mismos, hasta donde sea posible, deberán aplicarse las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones de 1999.

i) La Administración es responsable por los daños y perjuicios originados en la prestación de servicios públicos, la cual tiene un carácter objetivo, tal como se desprende del artículo 140 de la

Constitución y el artículo 14 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, siendo competente para conocer los reclamos correspondientes la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (art. 259). Cuando el servicio es prestado por concesionarios, ellos deben responder objetivamente por su funcionamiento, salvo que el daño provenga de una cláusula impuesta por la Administración al concesionario, cuyo cumplimiento éste no pueda eludir, o cuando el daño sea consecuencia directa e inmediata de una orden impartida por la Administración al concesionario. En nuestro criterio son competentes para conocer los juicios que se intenten contra los concesionarios los órganos de la jurisdicción ordinaria, salvo que en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, atendiendo al criterio sustantivo de servicio público, se atribuya la competencia a los órganos de dicha Jurisdicción.

j) La fijación de las tarifas, esto es, el precio que debe pagar el usuario por el costo del servicio, corresponde a la Administración, bien que lo gestione directa o indirectamente, pero en algunos casos se deja en manos del concesionario. Por supuesto, que si opera una despublificación y regulación en determinado sector económico, la necesidad de tornar eficaz la libre competencia, impone en términos generales que los operadores fijen dichas tarifas. En todo caso, la tendencia en la determinación de las tarifas debería apuntar a que éstas se correspondan con el precio real del servicio, independientemente de que esa determinación tarifaria esté muy vinculada a la política económica del país. Hay que reconocer que en Venezuela no es esa la tendencia predominante. Lo que sí debe destacarse es que la tarifa no debe tener naturaleza tributaria, y en ese sentido sería un error conceptuarla, como ocurre en algunas leyes (Ley de Registro Público y del Notariado) como tasa, o como impuesto. Por tanto, pareciera que la orientación correcta es darle el tratamiento de un precio, pues ello además de inscribirse en las tendencias doctrinarias más modernas en esta materia, facilita las modificaciones tarifarias que se requieran para lograr el costo real del servicio, lo que se dificulta seriamente cuando se trata de un tributo, que como se sabe entra en la reserva legal.

k) Es cierto que existe una discusión doctrinaria acerca de los efectos de la terminación de la concesión por el vencimiento del término, pues algunos autores los asocian con la reversión ipso iure, y otros niegan esos efectos, por considerar que violan la libertad económica y el derecho de propiedad. Lo cierto es que en Venezuela siempre ha predominado la tesis que asocia la extinción de la concesión por vencimiento del término con la reversión. Por tanto, para evitar controversias sería deseable que en el respectivo contrato de concesión se incluyese una cláusula de ese tenor, con las especificaciones correspondientes. No obstante, es necesario señalar que la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo régimen de concesiones, regula pormenorizadamente en sus artículos 48 y 49 la reversión de los bienes afectos a la concesión al momento de su vencimiento, y los bienes no sujetos a reversión, los cuales de todas maneras pueden ser adquiridos por la Administración, si se consideran de utilidad pública, previo pago del precio al concesionario.

l) La Constitución consagra el derecho de huelga en todos los sectores públicos y privados, inclusive en los servicios de policía, sólo que condiciona su ejercicio al cumplimiento de los requisitos que establezca la Ley (art. 97). Hasta ahora esa ley no ha sido dictada, razón por la cual rige el artículo 496 de la Ley Orgánica del Trabajo, que pauta "El derecho de huelga podrá ejercerse en los servicios públicos sometidos a esta Ley, cuando su paralización no cause perjuicios irremediables a la población o a las instituciones". Y el artículo 8 ejusdem establece que los funcionarios tienen derecho a la huelga, cuanto ésta sea compatible con los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública. Desde luego que las normas citadas además de preconstitucionales, resultan bastantes ambiguas y genéricas, por decir lo menos, al punto de que depende de la perspectiva donde se coloque el autor permiten todas las huelgas, o prohíben todas las huelgas en los servicios públicos, y ciertamente esa no es la ratio del artículo 97 constitucional; de allí que se imponga la urgente sanción de una ley que regule la huelga en los servicios públicos.

m) Pese a que el ordenamiento jurídico venezolano pareciera privilegiar el concepto de servicio público en sentido sustantivo u objetivo, es preciso subrayar la existencia de una norma constitucional de antigua data, repetida en la Constitución de 1999, relativa a la creación, modificación y supresión de servicios públicos, por el Poder Ejecutivo Nacional, con la autorización de la Comisión Delegada, que privilegia el sentido orgánico o subjetivo.

n) Conforme a las cláusulas constitucionales de distribución de competencias entre los Poderes Nacional, Estadal y Municipal (entes territoriales), la Constitución permite clasificar a los servicios públicos en nacionales, estadales y municipales, pudiendo revestir dichos servicios, al igual que las competencias, carácter exclusivo y concurrente.

14.11.2.5. **A manera de conclusión general**. Debemos afirmar que actualmente no existen impedimentos constitucionales para que en Venezuela se inicie un tránsito del concepto clásico de servicio público al concepto moderno, pero al mismo tiempo reclamamos el necesario carácter gradual del mismo, como por cierto está ocurriendo en la mayoría de los países del mundo occidental. Se trata de entrar en un proceso de reingeniería jurídica que preserve el contenido social del concepto de servicio público, y a la vez torne efectivo el derecho de la libre competencia. Mientras no se produzca una verdadera despublificación y consecuente liberalización y privatización de ciertos sectores de la economía, de todas maneras la libre competencia, como lo ha sostenido el Tribunal Supremo de Justicia, debe operar plenamente entre los diversos operadores o gestores de los servicios, bien que lo hagan mediante la concesión o mediante habilitaciones administrativas, o de ambas figuras a la vez, incluyendo dentro esos gestores, si fuere el caso, al propio Estado.

Por supuesto que esa operatividad del principio de libre competencia se inscribe dentro del cuadro normativo que caracteriza a la mayoría de los servicios públicos en sentido tradicional; no obstante,

dentro de ese cuadro se impone la plena operatividad del aludido principio. Para ello se requiere crear a la mayor brevedad posible la autoridad independiente encargada de garantizar al máximo el ejercicio del derecho a la libre competencia, prevista en la disposición transitoria decimoctava de la Constitución, superando de esa manera la vigente legislación sobre promoción y protección del ejercicio de la libre competencia, la cual ha quedado desfasada, vista la naturaleza y alcance del señalado principio constitucional sobre la libre competencia (art. 113, 299, y d.t. decimoctava).

BIBLIOGRAFÍA

ARAUJO, JOSÉ. ***Servicio Público***. Vadell Hermanos editores. Valencia, 1999.

ARIÑO ORTIZ, GASPAR. ***Derecho Público Económico***. Editorial Comares. Granada, 2001.

AUBY, JEAN MARIE. Y ROBERT DUCOS-ADER. ***Grands Services Publics et entrprises Nationales***. Preses Universitaires de France. París, 1973.

BADELL, RAFAEL Y JOSÉ HERNÁNDEZ. ***Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones en Venezuela***. Edición de los autores. Caracas, 2002.

BERMEJO VERA, JOSÉ. ***Derecho Administrativo. Parte Especial***. Civitas. Madrid, 2001.

BREWER, ALLAN. "Consideraciones sobre el Régimen Constitucional del Derecho a la Seguridad Social y la Administración Privada de los Fondos de Pensiones". En el Libro ***Homenaje a Fernando Parra Aranguren Tomo I***. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2001.

BREWER, ALLAN; RAMÓN PARADA Y OTROS. ***Las Formas de la Actividad Administrativa***. FUNEDA. Caracas, 1996.

CARBAJO, JOEL. ***Droit des Services Publics***. Dalloz.. París, 1997.

CAIA, GIUSEPPE. “La Disciplina dei Servizi Pubblici”. En el libro ***Diritto Administrativo***. Monduzzi Editore. Bologna, 1993.

CERULLI, VINCENZO. ***Corso di Diritto Amministrativo***. Giapichelli. Torino, 1997.

CHAPUS, RENÉ, ***Droit Administratif Général. Tome 1***. Editorial Montchrestien. París, 2001. 15ª edición.

CHINCHILLA MARÍN, CARMEN. “El Servicio Público ¿Una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión”: En el libro ***Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría***. Civitas. Madrid, 1991

D’AGOSTINO, FILORETO. ***Manuale di Diritto Amministrativo***. Giuffré. Milano, 2001.

DE LAUBADERE, ANDRE. ***Manual de Derecho Administrativo***. Editorial Temis. Bogotá, 1984.

__________: ***Droit Public Economique***. Dalloz. París, 1976.

__________: ***Manuel de Droit Administratif Spécial***. Preses Universitaires de France. París, 1977.

DROMI, ROBERTO. ***Derecho Administrativo***. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1996.

GARRIDO FALLA, FERNANDO. ***Tratado de Derecho Administrativo***. Volumen II. Tecnos. Madrid, 1989.

GIANNINI, MASSIMO. ***Istituzioni di Diritto Amministrativo***. Giuffré. Milano, 1981.

GÓMEZ FERRER, R. "La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales". En el libro ***Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría***. Civitas. Madrid, 1991.

GORDILLO, AGUSTÍN. ***Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II***. Ediciones Macchi. Buenos Aires, 1986.

GIUSTI, MARIO. ***Diritto Pubblico de la Economia.*** Editorial Cedam. Padova, 1997

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. ***Contencioso Administrativo de los Servicios Públicos*** (mimeografiado). Caracas, 2002.

HERNÁNDEZ MORA, ALBERTO "La noción de Servicio Público en Derecho Administrativo". En el libro ***El Derecho Administrativo en Latinoamérica II***. Ediciones Rosaristas. Bogotá, 1986.

HERNÁNDEZ, VÍCTOR. "El Régimen de los Servicios Públicos Municipales: Especial referencia a los Servicios Públicos Domiciliarios". En ***Temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani***. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2002.

ITALIA, VITTORIO, GUIDO LANDI Y OTROS. ***Manuale di Diritto Ammnistrativo***. Giuffré. Milano, 2002.

LÓPEZ PELLICER, JOSÉ. "El servicio público y la habilitación de actividades prestacionales de interés general a particulares". En el Libro ***El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI. Tomo II***. Editorial Tirant Lo Blanc. Valencia, 2000.

MATTARELLA, BERNARDO. "L' Attivitá". En el libro ***Trattato di Dirittto Amministrativo***. Giuffré. Milano, 2000.

MEILÁN GIL, J. L. ***La cláusula de progreso de los servicios públicos***. IEA. Madrid, 1968.

MOLES, ANTONIO, "Lecciones de Derecho Administrativo". En ***Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela N° 84***. UCV. Caracas, 1992.

MOREL OCAÑA, LUIS. ***Curso de Derecho Administrativo Tomo II (La Actividad de las Administraciones Públicas)***. Aranzadi. Pamplona, 1999.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. ***Servicio Público y Mercado I. Los Fundamentos***. Civitas. Madrid, 1998.

NIGRO, MARIO. "L'Azione dei Pubblici Poteri. Lineamenti Generali". En el libro ***Manuale di Diritto Pubblico***. Il Mulino. Bologna, 1994.

PAREJO ALFONSO; L. A. JIMÉNEZ Y OTROS. ***Manual de Derecho Administrativo***. Ariel. Barcelona, 1992.

REBOLLO, MARTÍN. "De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica". En ***RAP 100-102***. Madrid, 1983.

RIVERO, JEAN. ***Derecho Administrativo***. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1984.

ROMERO, ALFREDO, RACHADELL MANUEL Y OTROS. ***Régimen Legal de las Concesiones Públicas***. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2000.

RONDÓN DE SANSÓ. ***Las peculiaridades del Contencioso Administrativo***. FUNEDA. Caracas, 2001.

SANDIA, MARÍA ELENA, OSCAR RODRÍGUEZ Y OTROS. ***Leyes sobre los Servicios Públicos Domiciliarios: agua, electricidad, gas.*** Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2001.

SARMIENTO, JORGE. ***Derecho Público***. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1997.

VILLAR EZCURRA, JOSÉ LUIS. ***Derecho Administrativo Especial***. Civitas. Madrid, 1999.

VILLAR PALASI, JOSÉ. ***La intervención Administrativa en la Industria***. IEA. Madrid, 1964.

VILLAR ROJAS, FRANCISCO. ***Privatización de Servicios Públicos***. Tecnos. Madrid, 1993.

CAPÍTULO XV

LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN ECONÓMICA

15.1. **Premisa introductoria**. Resulta casi forzoso al iniciar la redacción de cada capítulo de este tercer volumen recordar que su organización temática responde fielmente a la integración del Programa de Derecho Administrativo I, de la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, en el cual la actividad administrativa de gestión económica figura como su último tema (15). En virtud de que recientemente dicho Programa sufrió una reforma que implicó la eliminación de algunos temas, así como el redimensionamiento y agrupamiento de otros, aprovecharemos la oportunidad para tratar en este capítulo el punto relativo a **las empresas públicas**, que ahora aparece en el tema 11, el cual no pudimos desarrollar en ninguno de los capítulos anteriores, debido a la precedente configuración del referido programa. Demás está advertir que el aludido tema está directamente vinculado con la actividad administrativa de gestión económica. Desde luego, que el énfasis estará colocado precisamente en la prestación directa de bienes o servicios por parte de las mismas, tocando indirectamente su aspecto organizativo.

Conviene también recordar, por razones didácticas, el esquema tripartito, formulado a partir de la tesis de Jordana de Pozas, que ha predominado doctrinariamente a los fines de clasificar todas las actividades de la Administración Pública, o dicho de otra manera, el esquema clasificatorio articulado sobre la base del contenido de la actividad administrativa, a saber: actividad de policía, actividad de servicio público y actividad de fomento. Pues bien, también indicamos en páginas anteriores que algunos sectores de la doctrina sostienen que dicho esquema no abarca algunas actividades administrativas, las cuales consideran excluidas de las mencionadas categorías, y en tal sentido han propuesto ampliarlo, incluyendo otras clases, en su criterio, perfectamente definidas, tales como las atinentes a las actividades arbitrales, sancionatorias, de planificación y programación, y de **gestión económica**. Al parecer los redactores del Programa de estudio se decantaron por añadir al aludido esquema tripartito clásico esta última categoría de actividad administrativa (gestión económica), desagregándola en un conjunto de puntos un tanto yuxtapuestos y desorganizados: "Actividades realizadas directamente por el Estado. Las Nacionalizaciones. Las privatizaciones. El sistema jurídico de economía mixta", cuyo abordaje debido a las indicadas características, pero sobre todo a su amplitud, no resulta nada fácil, si se pretende formular un planteamiento general sobre la materia, sistemático y articulado en premisas de carácter didáctico. Hacia esa dirección orientaremos nuestro esfuerzo, al estudiar el asunto, por supuesto, en forma sucinta, pero sin llegar a sacrificar los elementos necesarios para un análisis adecuado del mismo.

Por último, en esta premisa introductoria debemos dejar claro que entendemos, en el marco de las actuaciones de la Administración Pública, que **la actividad administrativa de gestión económica** está referida a la prestación de bienes y servicios por parte del Estado, pero con la particularidad de que en esta hipótesis la organización estatal desempeña el rol de un agente económico más, que concurre en el mercado, junto con los particulares, generalmente acudiendo a técnicas organizativas de derecho privado, a través de las

denominadas empresas públicas. Sostiene ARIÑO ORTIZ (2001) que la diferencia con la prestación de servicios públicos por parte de la Administración, reside fundamentalmente en que en la actividad de gestión económica no existe en rigor la prestación de un servicio público, sino "dación de bienes al mercado".

Queda así delimitado el tema que pasamos a examinar, delimitación que tangencialmente permite evidenciar que algunos puntos incluidos en el mismo, guardan una mínima relación con su núcleo esencial, pero que de todas maneras examinaremos para agotar el programa de la asignatura, para lo cual será necesario, desde una perspectiva básicamente didáctica, partir del concepto de "Constitución económica", lo que nos permitirá aproximarnos al punto programático denominado sistema de "economía mixta".

15.2. **La Constitución económica.**

15.2.1. **Las necesarias referencias históricas**. El concepto de Constitución económica, según la doctrina, es de factura alemana, pero para su mejor comprensión consideramos necesario sintetizar las circunstancias históricas que condujeron a su elaboración y postulación. En ese orden de ideas cabe recordar que las Constituciones denominadas liberales (del siglo XIX), en gran medida tenían como finalidad establecer límites al ejercicio del Poder del Estado frente a los ciudadanos, razón por la cual estaban destinadas esencialmente a configurar al Estado, organizando el poder político, y desde luego, a regular las relaciones entre los órganos por medio de los cuales se expresaba ese Poder y los ciudadanos, mediante la consagración de los derechos, fundamentalmente políticos, de éstos. Por esa razón se ha sostenido que ese tipo de Cartas Constitucionales al erigir en su centro de gravedad a la relación Estado-ciudadanos, ignoraba a la sociedad como tal, lo que explicaba la inexistencia en las mismas de derechos sociales, culturales y económicos.

Ha de reconocerse que en términos generales esa era la tendencia que privaba en las referidas Constituciones, y que ciertamente no figuraban en ellas los derechos económicos; no obstante, es menester dejar sentado que de alguna manera esa clase de derechos sí figuraba implícitamente, en virtud de que ese tipo de Cartas Constitucionales confería a los ciudadanos el derecho de libertad individual en su máxima expresión, lo que permitía inferir que consagraban el de libertad económica, y más específicamente, a partir de la Revolución Francesa, la libertad de industria y comercio, e igualmente las Constituciones establecían inequívocamente el de propiedad, de tal manera que al armonizarse ambos derechos, resultaba posible afirmar que implícita o indirectamente las Constituciones liberales del siglo XIX sí disciplinaban parcialmente a la economía, disciplina que por supuesto aparecía articulada en el denominado libre juego de la oferta y de la demanda, o del carácter estrictamente privado de las relaciones económicas. Por consiguiente, el Estado resultaba casi totalmente excluido del ámbito de dichas relaciones, en la cual predominaba un sistema de autorregulación (Estado Abstencionista).

En otros términos, indirectamente, sin necesidad de contener ninguna norma expresa de naturaleza económica, este tipo de Constituciones delineaba un modelo económico liberal, el cual como sostiene ARAGÓN REYES (2001), no estaba jurídicamente regulado, pues su particularidad residía en su capacidad de autorregulación.

Pues bien, durante todo el siglo XIX y parte del siglo XX las Constituciones liberales mantuvieron la referida estructura formal, y no es sino hasta la **Constitución alemana de Weimar de 1919**, cuando por primera vez en la historia de las Cartas Constitucionales, se consagra normativamente el orden económico social que deberá regir a la República. Es necesario destacar que tal novedad obedece a las consecuencias políticas derivadas de la Primera Guerra Mundial, las cuales van a tener una significativa incidencia sobre el constitucionalismo, dando lugar al surgimiento de un nuevo concepto de Constitución,

que incluye a la denominada “Constitución económica”, la cual, como ya indicamos, comporta el delineamiento en el texto constitucional de un modelo económico, inexistente en las Constituciones anteriores.

Quizás debido a las circunstancias históricas que rodean a la Alemania perdedora de la Guerra, originadas entre otras causas en los términos del Tratado que le impusieron los Estados vencedores, se produce un compromiso o pacto social entre los sindicatos y los patronos, con la mediación de la organización política de los socialdemócratas, al parecer con la finalidad de evitar una situación revolucionaria. De ese pacto consensuado sostiene BASSOLS COMA (1989), surge un conjunto de instituciones y valores transformadores del orden económico-social que hasta hoy constituyen el núcleo de la normativa denominada Constitución económica.

En esa línea argumental, narra el mismo autor, que los socialdemócratas logran que la Constitución recoja entre esas figuras e instituciones a la nacionalización y socialización de empresas, la planificación de la producción, la función social de la propiedad y del derecho a la vivienda, la constitucionalización de los sindicatos y de las organizaciones patronales. Al mismo tiempo el texto constitucional reconoce la libertad empresarial, la propiedad privada y la independencia de las organizaciones patronales.

En fin, por primera vez en una Constitución se introduce un conjunto de valores, criterios e instituciones que revela la voluntad de otorgarle verdadera sustantividad a un modelo económico que debe regir en la sociedad; de allí entonces que comience a hablarse de la Constitución económica, que ciertamente no es más que una forma de enfatizar u otorgarle importancia a este tipo de regulaciones normativas, debido a su relevancia para el funcionamiento de la sociedad y del sistema político, que como hemos dicho, no existían en las Constituciones anteriores. Para concluir este punto debemos destacar que las disposiciones de naturaleza económica de la Constitución de Weimar

dieron lugar a la apertura en Alemania de un fructífero debate sobre el Derecho Público Económico, y por supuesto sobre la Constitución económica, inclusive en el curso de dicho debate, orientado por la idea de una verdadera aplicación del modelo económico de la Constitución propugnado por la socialdemocracia, sustentado en la tesis acerca de la racionalidad de la producción que comporta la eliminación del beneficio, surge un concepto que hará historia tanto desde el punto de vista político, como jurídico, el de **Estado social de derecho**, formulado por HERMAN HELLER, que posteriormente se va a convertir en el marco ineludible para la aplicación de la Constitución económica.

En el marco de esta síntesis de los antecedentes históricos sobre la denominada Constitución económica, es necesario señalar que las instituciones de carácter económico de la Constitución de Weimar no llegaron a tener una verdadera aplicación, pues en un primer momento las organizaciones de empresarios valiéndose de la libertad económica lograron, mediante la puesta en práctica de una concentración industrial de carácter monopolista, alterar la estructura económica del país y desvirtuar las instituciones constitucionales. Frente a esa conducta reaccionó la socialdemocracia intentando imponer la planificación de la producción sin beneficios, y aproximarse al modelo socialista. Pero como es posible imaginarse, al acceder el nazismo al poder, tales ideas no pudieron llevarse a la práctica, y por fuerza de los hechos los preceptos constitucionales que servían de base a dichos postulados socialdemócratas, resultaron definitivamente dejados de lado.

Finalmente, debemos destacar que va a jugar un papel importante en las futuras disposiciones que van a concretar a las "Constituciones económicas" en las Cartas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, la gran crisis económica del año 1929 en Norteamérica, la cual tuvo serias repercusiones en Europa, así como la imposición del "New Deal" de Roosevelt, que comportó una verdadera intervención del Estado en la economía, en el país de mayor predominio del liberalismo económico, que inclusive llegó a crear una gran tensión entre la Corte Suprema de

ese país y el Presidente de la República. La imposición de la tesis del Estado del Bienestar en Gran Bretaña y Suecia, también jugó un papel relevante en la configuración de las Constituciones que serán promulgadas inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial (Francia, Alemania, Italia), pero sobre todo en el delineamiento de un orden económico social en las mismas, o en otros términos, en la configuración de la Constitución económica, bajo casi todos los parámetros originales de la Constitución de Weimar, pero con importantes matizaciones.

15.2.2. **El concepto de Constitución económica**. De la síntesis histórica recogida en el punto anterior, es fácil colegir que en realidad no puede predicarse formalmente la existencia de una Constitución económica, pues existe sólo una Constitución sin ningún calificativo, y actualmente a diferencia de lo que ocurría durante el siglo XIX ni siquiera puede denominarse "Constitución política", debido a que desde el momento en que se consagra en la misma el Estado social y democrático de derecho, a partir de Weimar, deja de ser esencialmente política; de allí que la doctrina opte por utilizar las denominaciones Constitución a secas, texto constitucional, Ley Suprema, Ley Fundamental o Carta Magna, recordando con esta última denominación a los primeros documentos mediante los cuales durante la Edad Media, algunos grupos estamentales, sobre todo en Inglaterra, lograron que se les reconocieran ciertos derechos.

En realidad con la expresión "Constitución económica" la doctrina no pretende más que revelar la importancia que actualmente reviste en una Constitución el conjunto de normas, contentivas de principios, criterios y valores, de carácter económico, que delinean el sistema o modelo económico que sirve de base a la vida económica social de un país. Debe quedar claro que ese conjunto de normas constitucionales no tiene autonomía en sí mismo, pues necesariamente debe inscribirse dentro de los grandes lineamientos sistematizados que le dan vida al texto constitucional. Así, por ejemplo, el modelo económico debe responder a las características del Estado prefigurado en la Constitu-

ción, verbigracia, Estado social, democrático y de derecho, o estado socialista. Y no puede ser de otra manera, porque al fin y al cabo la Constitución es la norma suprema ordenadora de toda la vida en una determinada sociedad, orden que se configura a partir de los grandes lineamientos antes señalados, dentro de los cuales obviamente, por su trascendental importancia, entran los de carácter económico.

En el contexto de ese marco conceptual con fines ilustrativos nos parece conveniente transcribir algunas definiciones de Constitución económica formuladas por la doctrina. Así CASSESE (1996), sostiene que puede ser entendida en tres sentidos, a saber: como fórmula que resume las normas de la Constitución en sentido formal sobre las relaciones económicas (primer sentido); como el conjunto de instituciones de carácter económico, que si bien forman parte del Derecho, no pertenecen exclusivamente a la Constitución (segundo sentido); y como el conjunto de normas constitutivas del "derecho viviente" (praxis social y cultural), además de las constitucionales y legales (tercer sentido). Por su parte MARTÍN RETORTILLO (1988) sostiene que la Constitución económica es "expresión del marco y de los principios jurídicos de la ley fundamental que ordenan y regulan el funcionamiento de la actividad económica". ARIÑO ORTIZ (2001), afirma que "es el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económica-social de un país, según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución "STOBER (1992) define a la Constitución económica, en sentido restringido, como el conjunto de preceptos de rango constitucional sobre la ordenación de la vida económica; y en sentido amplio, como las normas que conforman la realidad económica, independientemente de su rango normativo.

De las definiciones transcritas se evidencia que, pese a que algunos autores amplían el concepto de Constitución económica más allá de las normas de la Ley fundamental que ordenan la vida económica, la doctrina mayoritaria opta por la acepción restringida, esto es, por limitar el referido concepto al conjunto de normas **constitucionales**

contentivas de valores y principios que ordenan la vida económica de un país. Pensamos que esta última concepción es la que más se ajusta a la orientación que le daremos al tema, en virtud de que extenderla a normas de rango diferente, e inclusive al "derecho viviente", aunque pueda tener un poco más de pertinencia sociológica, se distancia de la perspectiva jurídica tanto desde el punto de vista sustancial, como formal, que por supuesto es la que priva en la orientación del Manual.

Por otro lado, extender el concepto bajo examen en el sentido indicado anteriormente, puede generar cierta confusión, puesto que la denominación doctrinaria por sí misma constituye una acotación basada en el rango de las normas que constituyen el sustrato de dicho concepto (únicamente constitucionales). De allí, que limitaremos nuestro examen a los lineamientos generales contenidos en las normas constitucionales que prefiguran el modelo o sistema económico que rige la vida económico-social de un país, y en el entendido entonces que la "Constitución económica" es el conjunto de principios rectores de orden económico, cuya actuación determina las posiciones jurídicas, y desde luego las actuaciones válidas y legítimas, tanto de los particulares, como de los órganos del Poder Público en la vida económica.

15.2.3. **La situación actual de la Constitución económica**.

15.2.3.1. **La Constitución económica en los textos fundamentales posteriores a 1945.** Cabe imaginarse que la experiencia de Weimar, las grandes discusiones que se dieron sobre los preceptos que debía contener una Constitución económica en esa época; el debate sobre la necesidad de la consagración del Estado social de derecho, como marco de aplicación de la referida Constitución, las consecuencias políticas y económicas, sobre todo en Europa, derivadas de la Segunda Guerra Mundial, la consagración del denominado Estado del bienestar, que no es más que el Estado social en la práctica, con anterioridad a la segunda guerra, en países como Gran Bretaña y Suecia, y de alguna manera el denominado orden corporativo impuesto

durante el fascismo y el nazismo en Alemania e Italia, respectivamente, tuvieron una relevante influencia en la convicción de los constituyentes europeos posteriores a 1945, acerca de la necesidad de consagrar en los textos constitucionales un conjunto de normas que revelaran la voluntad de delinear un orden económico y social. El problema que se les presentaba residía esencialmente en la selección de uno de los dos modelos clásicos económicos: socialista o liberal clásico (libre iniciativa privada y propiedad privada de los medios de producción).

Cabe recordar, en términos muy breves y sencillos, que el primer modelo se caracteriza básicamente porque los medios de producción están en poder del Estado, y la iniciativa en materia económica (producción y distribución de bienes y servicios), también aparece atribuida a los órganos estatales, quienes la toman apreciando discrecionalmente las necesidades de los ciudadanos. Ejemplo típico de este modelo es el desaparecido sistema soviético, así como el de los países que entraban bajo su área de influencia. El segundo modelo, por el contrario, está basado en el principio del libre mercado, y por ende, en la libre competencia, la libre iniciativa privada y empresarial, pudiendo estar los medios de producción en manos de los particulares. El ejemplo al que se puede acudir es el de los Estados europeos del siglo XIX, donde predominaba el liberalismo económico. De todas maneras, como enseña la doctrina, no es posible encontrar, ni antes, ni ahora, un modelo socialista "puro", ni un modelo liberal "puro".

Conviene señalar que en esa situación dilemática se debatían y aún se debaten los constituyentes para configurar la Constitución económica, pero es obvio que dentro de los extremos representados por los mencionados modelos, existe un término medio, o si se quiere, es posible configurar modelos mixtos que respondan a la combinación de instituciones tomadas, tanto del modelo socialista o de planificación central y del modelo liberal, que es en definitiva el método por el que han optado casi todas las Constituciones sancionadas en el mundo occidental con posterioridad a la finalización de la segunda gran guerra.

Ahora bien, precisa ARIÑO ORTIZ (2001), que la búsqueda de esa tercera vía tampoco resulta tarea sencilla, pues la aludida combinación de variables de uno u otro modelo, casi siempre conduce a la primacía de la actividad privada, o de la actividad estatal.

En ese orden de ideas, sostiene el mencionado autor, que es posible identificar en el marco de esa tercera vía el denominado sistema o modelo de economía social de mercado que se basa en la libertad y en la iniciativa privada, pero que al mismo tiempo admite ciertas intervenciones del Estado de carácter complementarias, tales como la creación de "redes de seguridad para configurar una mínima cobertura y servicio a todos los ciudadanos", y el denominado modelo de **economía mixta**, "en el que se combinan de forma asistemática, es decir, sin un orden jerárquico de regla y excepción, las actuaciones privadas y estatales, las propiedades pública y privada, en diferentes medidas y proporciones según las necesidades de cada momento".

La tesis del citado autor a los fines de hacer la clasificación de los modelos que ubica en la tercera vía, gira, como él mismo lo reconoce, sobre la variable concerniente al protagonismo del Estado, que en el primero, en el caso de que exista, tiene un carácter secundario y complementario, y en el segundo puede llegar a tener un carácter primario, pero igualmente pueden tenerlos los operadores privados. Sin dudas que el planteamiento de Ariño luce fundado y razonable, pero ocurre que el concepto de economía de mercado no resulta pacífico ni para los economistas, ni para los juristas, lo que queda demostrado con la tesis que al respecto formula STOBER (1992), quien comienza por señalar que se trata de un concepto indeterminado, sobre el cual no existe unidad de criterios. Por tal razón afirma que en la economía social de mercado se garantiza la plena libertad económica de las personas, pero el Estado tiene conferida la potestad constitucional para intervenir en la economía sólo en la medida en que lo haga necesario **la justicia social**, y en tal sentido afirma que "La atención está puesta en la corrección de las

supremacías económicas dentro de la sociedad, la protección de los consumidores, el logro de un mínimo existencial mediante la defensa de la productividad, la protección de los trabajadores".

Queda claro entonces que la concepción sobre la economía social de mercado difiere significativamente de un autor a otro, pues para el primero la tutela del aspecto social por parte del Estado es secundaria y complementaria, razón por la cual rige el principio de la subsidiariedad en la intervención de la Administración en la economía, y para el segundo, pese a que es secundaria, juega un rol relevante porque la misma está condicionada a la exigencia de la justicia social, y es así como trata de corregir las falencias del mercado mediante la defensa de la productividad, tiende a corregir las supremacías de los agentes económicos que perjudiquen a los trabajadores, a los consumidores, etc., lo que permite revelar el carácter de las eventuales intervenciones, que pueden llegar a implicar inclusive el control de precios de determinados productos.

A los fines que nos interesa, debemos hacer notar que resulta muy difícil que una "Constitución económica" contenga una definición expresa del modelo que ella traza, como de economía mixta o de economía de mercado, ya que la técnica constituyente aconseja que las denominadas cláusulas económicas estén formuladas en forma general y abstracta, de tal manera que la interpretación de los valores y criterios que ellas encarnan, realizada en un momento histórico determinado, bien por el Parlamento o por la Administración Pública, a los fines de diseñar y aprobar las habilitaciones para las actuaciones de los Poderes Públicos en la economía, esté presidida por el principio de flexibilidad.

De esa forma, cuando la Constitución económica aparece estructurada atendiendo a la denominada "tercera vía", corresponderá en realidad a la sociedad a través de los órganos del Poder Público, determinar el grado y las modalidades de intervención del Estado en un modelo de economía social de mercado, pudiendo ir desde la actuación

complementaria hasta inclusive la actuación principal en el denominado por Ariño sistema de economía mixta, que en realidad en esa hipótesis configurará la modalidad de la denominada economía social de mercado, pues la única justificación para otorgarle ese carácter protagónico a la Administración es el logro de la justicia social, y en definitiva la tutela de los derechos sociales.

Lógicamente, aunque no es lo deseable, toda actuación por normas de rango legal, sublegal o por actos administrativos, de la Constitución económica, está sujeta al control de los órganos jurisdiccionales, especialmente de los Tribunales Constitucionales. En tal sentido es necesario destacar la tendencia de estos Tribunales a respetar el mérito de ese tipo de decisiones, y a intervenir única y exclusivamente con sentencias anulatorias cuando estiman que la situación infringe claramente los postulados que integran la Constitución económica.

15.2.3.2. **El Estado social de derecho como marco necesario de las "Constituciones económicas**". Conviene recordar que es la Constitución alemana de Weimar la que por primera vez, aunque no como declaración formal, establece los postulados fundamentales de lo que posteriormente se denominará en casi todas las Constituciones posteriores a 1945 "Estado Social de derecho" y al parecer correspondió al autor alemán Herman Heller la formulación del concepto, por primera vez en 1929, en un trabajo intitulado ¿Estado de Derecho, Democracia o Dictadura?, en el cual analizaba la situación que se presentaba en Italia bajo el régimen fascista de Mussolini, y examinaba la crisis que vivía la democracia liberal, y por ende, el Estado de Derecho, negando que frente a esa crisis la opción fuera la dictadura. Al respecto proponía, según narra MARTÍN RETORTILLO (1988), que la solución no estaba en suprimir el Estado de Derecho, sino en dar a éste el contenido económico y social preciso: "realizar dentro de su marco un nuevo orden social y de distribución de bienes".

Pues bien, a partir de esa formulación teórica comenzó una discusión acerca de la incompatibilidad entre el Estado de derecho, que

tiene como finalidad esencial la libertad individual, y el Estado Social, que en cambio tiene como finalidad esencial el bienestar de todos, la cual se zanjó a favor de la tesis de la complementariedad de ambos conceptos, al punto que en varias Constituciones aparece consagrada expresamente la fórmula del **Estado social de derecho**, y en otras en forma implícita. Terminada la polémica, pareciera existir consenso en que el Estado social, es un Estado de servicios públicos, es decir, que está obligado a otorgar prestaciones (educación, transporte, vivienda, agua, etc.) a los ciudadanos, especialmente a los más necesitados, para lo cual está obligado a intervenir en la vida económica de la sociedad.

Por supuesto, que en su conformación juegan papeles relevantes los principios de igualdad y de solidaridad, que se concretan en la actuación del Estado sobre la base de la premisa del predominio del interés general sobre el interés particular. Planteada así la situación, la idea del Estado social cobra vigencia en las Constituciones europeas sancionadas después de la Segunda Guerra Mundial (Francia, Italia, Alemania, y posteriormente en la década del 70 Grecia, Portugal y España). En ese orden de razonamiento debe recordarse que ya antes de la referida guerra, en Inglaterra se había iniciado una intervención del Estado en sectores importantes de la economía que condujo a la implantación del denominado "Welfare State", y en Estados Unidos de Norteamérica en la década de los treinta se había impuesto el "New Deal" propuesto por el presidente Roosevelt, y a finales de esa misma década en Suecia ocurre lo mismo, pero bajo la denominación de Estado social.

Ahora bien, la consagración constitucional expresa o implícita del Estado social, el cual supone una intervención de los órganos estatales en la vida económica, y un reconocimiento a los derechos sociales de los ciudadanos, no equiparables a los ámbitos de libertades frente al Poder, propio de los derechos individuales, sino más bien, concebidos como prestaciones u obligaciones exigibles por los ciudadanos, que debían ser asumidas por el Estado, revela la necesidad de que las

Constituciones contengan cláusulas que configuren el modelo económico, cuya aplicación permitirá lograr la finalidad básica de este tipo de Estado: la satisfacción de las necesidades colectivas, o en términos de Forsthoff, la "procura existencial".

Queda claro entonces que las amplias potestades que se confieren a la Administración Pública para lograr la indicada finalidad, requiere la intervención de los órganos de ésta en la vida económica, de tal suerte que dicha intervención viene a ser una consecuencia de la declaratoria de un Estado, como Estado social de derecho. Y es allí entonces donde surge la Constitución económica, precisamente para delinear esa intervención, o mejor, como dijimos antes, para acotar la actuación económica de los órganos del Estado y de los propios particulares, de tal manera que existe una clara relación de causalidad entre Estado social y Constitución económica.

Debemos dejar constancia que en las Constituciones sancionadas con posterioridad a 1945, inclusive en aquellas que contenían explícitamente la cláusula del Estado social, se impuso la tendencia constituyente que consistía en consagrar de manera flexible el modelo o sistema económico, pues no debe olvidarse que las nuevos textos constitucionales van a responder a compromisos derivados del pluralismo político e ideológico, lo que impone la señalada flexibilidad, que se evidencia en la enunciación de principios o postulados generales sobre el orden económico, que atendiendo a la finalidad del Estado social, deben ser actuados por los Poderes Públicos, bien mediante normas de rango legal o sublegal, pero con la participación de los partidos políticos y de los actores económicos (empresarios y trabajadores). Es así como atendiendo a los fines sociales se consagran figuras como las reservas, las nacionalizaciones, el carácter social de la propiedad, derechos económicos como los de propiedad, de herencia, la libertad de comercio e industria, a la par de los derechos sociales, en los términos antes indicados.

En fin, la constitución económica de postguerra no llega a perfilar un modelo económico concreto, sino que aparece integrada por una serie de principios o postulados generales, un verdadero programa para las autoridades estatales, y para las fuerzas políticas y económicas, cuya ejecución, teniendo en cuenta que se enmarca en la cláusula del Estado social, va a originar el predominio del modelo económico mixto, y más concretamente el modelo de economía social de mercado, que al parecer es el que más responde a la concepción del Estado social de derecho.

15.2.3.3. **La denominada crisis del Estado social y la reformulación o reinterpretación de la Constitución económica**. La crisis económica que sacude a las naciones industrializadas, especialmente a varias naciones europeas, en la década del 70, que se inicia con el embargo petrolero por parte de los países del Golfo Pérsico, va a originar lo que se conoce como la “crisis del Estado social”, porque hasta esa fecha los aludidos países habían vivido dos décadas de prosperidad económica, razón por la cual en términos generales habían cumplido con las prestaciones debidas a sus ciudadanos para la procura existencial. Para lograrlo el Estado, conforme a las previsiones constitucionales había desarrollado un papel protagónico en la economía, al punto que el sector público creció en forma geométrica, decreciendo el sector privado.

La crisis comenzó por demostrar la imposibilidad de seguir otorgando prestaciones ad infinitum, puso en evidencia en toda su crudeza los efectos del déficit fiscal, la inflación se reveló como un fenómeno casi incontrolable, la ineficiencia e ineficacia de las empresas públicas mostró su rostro nada amable, los monopolios estatales evidenciaron que a la postre se constituían en un claro factor de rezago económico y tecnológico. Por supuesto, que en una situación como la planteada en los términos anteriores, por lo demás en forma resumida, la finalidad prestacional del Estado Social quedaba en la práctica casi totalmente desvirtuada.

Por esa razón se comenzó a hablar de la crisis del modelo de Estado social, al punto que algunos sectores de la izquierda radical sostenían que en realidad era una crisis del neocapitalismo que había utilizado la referida fórmula constitucional para continuar imperando en el mundo, y los liberales a ultranza, por el contrario, imputaban la crisis al papel intervencionista del Estado. Lo cierto es que la crisis tuvo un gran impacto en los países desarrollados, y en la entonces Comunidad Económica Europea, se realizaron estudios y análisis para buscar salidas a la misma, pero sobre todo para buscar nuevas sendas para el crecimiento y desarrollo económico, desde luego, sin sacrificar las conquistas propias del Estado social de Derecho.

Es así como se reinterpretan y en algunos casos se hacen modificaciones puntuales de las Constituciones para optar por un modelo económico en el cual el Estado siga jugando un papel protagónico, que garantice siempre la satisfacción de las necesidades económicas de la mayoría de los ciudadanos, pero desde una perspectiva jurídica diferente, privilegiando la libertad de empresa, y por ende, la libre competencia, acudiendo a la figura de la "despublificación" de los grandes servicios públicos (electricidad, agua, teléfonos, transporte aéreo, etc.) y a la privatización de grandes empresas públicas, reduciendo de esa manera el sector público de la economía a su mínima expresión, o mejor a la expresión que resultaba necesaria para tutelar determinados intereses públicos.

En fin, se trata de reinterpretar la Constitución económica, que como sabemos está caracterizada por su flexibilidad, lo que permite al Estado optar en el marco de sus postulados, por el tránsito de Estado productor y prestador de bienes y servicios, a Estado garante de la libertad de empresa, y sobre todo garante de la libre competencia (Estado regulador y ordenador), sin renunciar al deber de garantizar la satisfacción de los derechos sociales de los ciudadanos, generalmente en el caso de los servicios públicos, mediante las denominadas "obligaciones de servicio público", y también, como vimos precedentemente, mediante la actividad de fomento.

Debe quedar claro que la denominada crisis del Estado social, si bien ha originado un cambio radical en la interpretación de la Constitución económica en los Estados industrializados europeos, propiciando la despublificación y la privatización de los servicios públicos y de los sectores públicos de la economía, respectivamente, no ha conducido al sacrificio de esa fórmula constitucional, ni tampoco a la renuncia de las conquistas derivadas de la vigencia de los principios de la solidaridad social y de igualdad jurídica material, pues mientras dicha fórmula esté consagrada en los textos constitucionales, la Administración Pública está obligada a actuar para satisfacer las necesidades colectivas, para lo cual recurre a instituciones y mecanismos que estén en sintonía con el carácter esencialmente regulador del Estado, como son por ejemplo, las obligaciones de servicio público, dentro de las cuales destaca el denominado "servicio público universal".

15.2.3.4. **La polémica acerca de la interpretación de la Constitución económica**. A pesar de que en la actualidad existe consenso acerca del carácter de norma jurídica que detenta la Constitución, cabe destacar que en la doctrina española se ha suscitado una polémica acerca del alcance de la potestad del Tribunal Constitucional para interpretar las cláusulas económicas de la Ley Fundamental. Así una parte de la doctrina, afirma que al ser la Constitución una norma jurídica, y al ejercer el Tribunal Constitucional su control, debe actuar en su labor interpretativa como la hace cualquier juez frente a cualquier norma, y por esa misma razón la justicia emanada de ese Tribunal podrá tener un carácter evolutivo y creador. También en el ejercicio de ese control podrá "elaborar principios y conceptos que sean descubridores de soluciones nuevas". (Esta tesis se la atribuye Ariño a García de Enterría).

Por su parte otro sector de la doctrina (Ariño), cuestiona la anterior tesis sobre la base de que en la Constitución ciertamente existen verdaderas normas jurídicas, como las consagratorias de derechos constitucionales y las que delinean procedimientos y competencias, las

cuales sin duda admiten la técnica interpretativa propuesta por el otro autor español, pero a la par existen otras que contienen "conceptos abiertos de carácter político", en los cuales "subyace la apreciación de un problema político que debe resolverse mediante el consenso democrático, en el Parlamento y no en un Tribunal". En definitiva, ARIÑO (2001) sostiene que este segundo tipo de normas, al cual pertenecen la mayoría en las que se concretan las cláusulas económicas constitucionales, por admitir, a diferencia de los conceptos jurídicos indeterminados en lugar de una solución justa, una pluralidad de alternativas políticas, no resultan juzgables ni siquiera por los Tribunales Constitucionales.

En el desarrollo de esta tesis su autor sostiene que en lo tocante al modelo económico que se desprende de la Constitución española, deben distinguirse el qué y el cómo de las intervenciones económicas del Estado, afirmando que existe una interdicción para que el Tribunal juzgue el qué, pero en cambio, estaría facultado para evaluar el cómo. En ese orden de ideas, plantea que el órgano jurisdiccional no podría entrar a examinar la decisión mediante la cual la Administración decide crear una empresa pública para que actúe en determinado mercado, porque al fin y al cabo las motivaciones que puede tener el Estado para su creación son esencialmente políticas, tales como la existencia de una necesidad colectiva desatendida, un interés público prevalente, etc. Los mismos argumentos le sirven de fundamento para predicar la irrevisabilidad de una decisión de nacionalización.

En cambio, señala que el cómo se realiza la intervención económica, sí es perfectamente revisable por el Tribunal Constitucional, y ejemplifica en el caso de la nacionalización, cuyo objeto de examen de dicho órgano, será la competencia, el procedimiento, la forma de hacerlo, la justa indemnización y las garantías judiciales. Hemos expuesto sucintamente las dos tesis sólo a título ilustrativo, pues escapa a este trabajo el examen de las mismas, ya que ello supondría un verdadero análisis sobre el concepto de interpretación constitucional, pero una ojeada preliminar a una de ellas pareciera conducir a sostener la

existencia de actos de los Poderes Públicos inmunes a la justicia constitucional, lo que de por sí nos causa cierto rechazo, pues sin dudas que el control de la constitucionalidad es un indicador de la existencia de un Estado democrático, y cuando se pretende excluir a priori actos de ese control (leyes, por ejemplo), creando una discutible categoría de normas abiertas, no deja de suscitar cierta suspicacia, porque así como se alude en la tesis a intervenciones económicas, en principio favorables al Estado, las cuales resultarían irrevisables constitucionalmente, nada obsta para que las intervenciones estén destinadas, por ejemplo, a privatizar un sector estratégico de la economía, lo que bajo la perspectiva argumental del citado autor español también sería irrevisable; de allí que bajo el manto de esa tesis sugerente, por cierto, puede llegar a esconderse la protección de importantes intereses económicos particulares.

Finalmente, en esta ojeada preliminar observamos que la aludida tesis incurre en una contradicción, porque expresa que no puede acudirse a los métodos propios de la interpretación jurídica para juzgar el mencionado tipo de normas, pero al final no hace más que recurrir a ellos, ya que sencillamente lo que propone en el fondo al referirse al qué de los actos de intervención económica, es considerar a priori que los mismos son totalmente discrecionales, razón por la cual su núcleo esencial sería irrevisable jurisdiccionalmente. Aparte de la contradicción formal, resulta muy difícil admitir esa tesis, porque ella conduciría, en el caso de las leyes, a negar su control constitucional, debido a que es obvio que mayor discrecionalidad no pueden tener los Parlamentos cuando sancionan un texto legislativo. Reconocemos, como dijimos antes, que el examen de este asunto requiere un verdadero y exhaustivo análisis, que parta de los conceptos de interpretación y de jurisdicción constitucional, pero en principio estimamos más acertada la primera tesis.

15.2.3.5. **El principio de la unicidad del orden económico**. Las Constituciones de manera expresa o implícita suelen establecer el principio de la unicidad del orden económico, sobre todo en los

Estados compuestos (Federal o de base regional), sobre el cual se postula que los principios básicos del orden económico deben aplicarse de manera unitaria en todo el Estado, o sea, que es posible predicar desde el punto de vista constitucional un "orden económico nacional". Desde luego, que dicho principio no implica que los entes territoriales menores carezcan de competencias en materia económica, pues a partir del mismo es posible construir un sistema de competencias exclusivas y concurrentes en materia económica entre todos los entes territoriales que integran el Estado. Pero precisamente lo que revela el principio bajo examen es la tendencia a que la Constitución reserve con carácter de exclusividad al Estado (Poder Nacional en Venezuela), aquellas competencias que resultan fundamentales para la aplicación del modelo económico, así como aquellas que resultan básicas para mantener el referido principio de unicidad.

Debemos advertir que esta es una tendencia presente en el Derecho Comparado, lo que varía es la forma de consagrar el principio en la Constitución, pues es posible que aparezca consagrado expresamente (no es lo usual), en virtud de que normalmente ocurre que resulta necesario inferir su existencia de algunas de las cláusulas económicas que integran la Constitución, e inclusive del mismo Preámbulo, como sucede en España, cuya Constitución en varios de sus preceptos refleja dicho principio, así como en el mencionado Preámbulo en el cual se alude a la garantía de un "orden económico social justo". Por último, como es dable imaginarse el principio de la unicidad del orden económico constitucional, aun cuando pueda estar perfectamente configurado, no garantiza de ninguna manera la exclusión de conflictos concernientes al ejercicio de las competencias de corte económico, entre el Estado (Poder Nacional) y los otros entes territoriales.

15.3. **Las nacionalizaciones.**

15.3.1. **Una explicación previa necesaria**. Cualquier lector podría formular una interrogante bastante pertinente, acerca del sentido

de incluir en un programa de Derecho Administrativo, en plena época de globalización, liberalización y privatización, el tema de las nacionalizaciones. Y sería necesario reconocer que la pregunta ciertamente resulta pertinente; no obstante, en descargo de los redactores del Programa de la asignatura, debemos señalar que, tanto desde el punto de vista lógico como didáctico, la inclusión aparece justificada, puesto que el tema general alude a la **actividad administrativa de gestión económica**, la cual tiene origen en el rol del Estado como agente económico, es decir, como productor de bienes y servicios, lo que se traduce en la "dación de bienes al mercado".

Ahora bien, en el desempeño de ese rol es cierto que el Estado puede actuar como un agente económico más, que entra a competir en el mercado con los restantes agentes económicos privados en igualdad de condiciones. Pero igualmente puede ocurrir que el Estado decida asumir la totalidad de la gestión económica en determinadas áreas o sectores económicos, y en tal sentido lograr la transferencia coactiva de bienes, recursos y empresas de particulares, los cuales pasan a ser de su propiedad, quien las utiliza para la producción, distribución o prestación de los correspondientes bienes y servicios. La figura que teóricamente se corresponde con ese acto de desapoderamiento de los medios de bienes, recursos, empresas, etc., por parte del Estado, es lo que se conoce en términos generales como **nacionalización**, figura que como veremos enseguida, no responde, por lo menos desde el punto de vista jurídico, a una concepción totalmente unívoca.

Planteada así la situación, independiente de los fenómenos de globalización y liberalización económicos imperantes en la mayoría de los países del mundo, queda claro que el Estado puede gestionar directamente la economía, bien actuando como un agente más, generalmente mediante las llamadas empresas públicas, en un régimen de competencia, pero igualmente puede –según los respectivos ordenamientos– realizar esa gestión acudiendo a la figura de la nacionalización, en régimen de monopolio; de allí entonces la justificación de su estudio, desde luego, muy sucinto, en este tema del programa.

15.3.2. **La nacionalización: Un concepto problemático desde el punto de vista jurídico**.

15.3.2.1. **Sucinta revisión histórica en la búsqueda de los elementos jurídicos relevantes de las nacionalizaciones**. Es necesario señalar que en principio la figura de la nacionalización aparece en los programas o planes políticos de los partidos de izquierda, especialmente de los partidos socialistas europeos, que preconizaban la necesidad de que los medios de producción estuviesen en manos del Estado para poder llevar a cabo la revolución, necesaria a los fines de lograr llegar a una sociedad sin clases, presidida por el principio del igualitarismo y la solidaridad social. Se suponía que los partidos o movimientos triunfantes encontrarían una economía sustentada en los postulados del capitalismo, cuya destrucción pasaba por una nacionalización de los medios de producción.

La historia demuestra que esa tesis fue aplicada casi al detalle por la Revolución rusa de 1917, consolidando un sistema económico basado en las nacionalizaciones masivas que duró hasta la década de los noventa del siglo XX. También en el año 1917 Méjico proclamó el derecho de propiedad de las tierras y aguas comprendidas en los límites de esa Nación, y en ejercicio del mismo nacionalizó la propiedad agraria y el petróleo, este último en el año 1938. En ambos casos, el traspaso de la propiedad de los correspondientes medios de producción se produjo sin indemnización. Por supuesto que la nacionalización fue recogida en los correspondientes instrumentos normativos, en el caso Mejicano en la Constitución de 1917, y en el caso Soviético en un conjunto de Decretos que se comenzaron a dictar desde el mismo mes de noviembre de 1917.

Como es posible imaginarse, las nacionalizaciones soviéticas y mejicanas originaron represalias internacionales por parte de los países, cuyos inversionistas nacionales habían sido afectados por las mismas, originando, en el primer caso, sendos bloqueos económicos y financie-

ros, y en el segundo cuando se nacionaliza el petróleo en 1938, amenazas de bloqueos por parte del EE.UU. y Gran Bretaña y de demandas ante los Tribunales europeos, con la finalidad de impedir la venta del petróleo mejicano en Europa. Es fácil colegir, aparte del cuestionamiento filosófico de la medida, porque se atentaba contra el sacro santo derecho de propiedad en el marco del Estado Liberal clásico, que los contenciosos surgieron además basados en que el traspaso de la propiedad de los recursos y empresas no comportaron, de conformidad con los respectivos ordenamientos jurídicos, pago de indemnización alguna; no obstante, debemos señalar que se puso fin a esos contenciosos mediante los denominados "acuerdos globales de indemnización", celebrados entre la URSS y Estados Unidos, así como entre este último país y Méjico, varios años después de los respectivos procesos nacionalizadores.

Hemos querido traer a colación los ejemplos de las nacionalizaciones en la URSS y Méjico, no tanto para poner en evidencia, sobre todo en el caso del primer país, la carga ideológica presente en el proceso, sino para dejar constancia que una institución de corte típicamente política, necesariamente se tiene que "juridificar" para poder imponerse en un determinado ordenamiento, y es en ese momento cuando resulta posible intentar inferir las variables más importantes que la definen desde el punto de vista jurídico. En el marco de esas primeras experiencias se puede afirmar que la nacionalización es un acto emanado del Estado, mediante el cual los bienes, recursos o empresas particulares, pasan a la propiedad del Estado, sin ninguna indemnización, con la finalidad de dar cumplimiento a un programa político o revolucionario, para tutelar el interés general y en definitiva para transformar las estructuras económicas y sociales de determinado Estado, bien en el marco del capitalismo, como el caso mejicano, o bien para avanzar hacia una sociedad socialista, como en el caso ruso.

Desde el punto de vista jurídico lo revelante de destacar en esos casos, no es tanto la finalidad del acto, sino más bien la "desprivatización"

de los bienes nacionalizados, o mejor, la transferencia coactiva de los mismos de mano de los particulares, al Estado, sin pago de indemnización alguna, erigiéndose esa transferencia de la propiedad: de los particulares al Estado en el núcleo esencial del concepto jurídico de nacionalización, y por supuesto, también desde el punto de vista político.

Pues bien, una vez escrutadas sucintamente las experiencias anteriores, pasaremos la vista rápidamente por el otro escenario histórico: Europa después de finalizada la Segunda Guerra Mundial, especialmente en Francia y Gran Bretaña, países en los cuales se va a producir un verdadero programa de nacionalizaciones, a diferencia de la URSS y los países bajo su influencia, después de 1945, enmarcado en el sistema capitalista; por lo tanto, sin la pretensión de suprimir el sistema de la propiedad privada de los medios de producción y sustituirlo por un sistema de propiedad pública, sino más bien para que el Estado accediera a la propiedad de ciertos recursos, empresas y servicios para intentar hacer posible la idea del Estado social de Derecho, recogida implícita o explícitamente en los textos constitucionales de la época, o en el caso de Gran Bretaña en los postulados del denominado "Welfare State".

Independientemente de las motivaciones que condujeron a las nacionalizaciones casi masivas en los señalados países, por lo demás, para la época, verdaderos emblemas del capitalismo, lo que nos interesa destacar es que en ese caso también aparece revelado sin ningún tipo de dudas, lo que puede considerarse desde el punto jurídico y político el núcleo de la figura de la nacionalización, esto es, la transferencia coactiva de bienes, recursos y empresas de propiedad privada, a la propiedad del Estado. En otros términos, a la luz de esas experiencias históricas y de las que van a continuar posteriormente en muchos países del tercer mundo, incluyendo algunos de Latinoamérica, hasta la década de los setenta del siglo pasado, reivindicando la más de las veces el "nacionalismo", frente a empresas transnacionales, la esencia de la nacionalización es la "desprivatización" de bienes, recursos o empresas, a los fines de convertirlos en propiedades estatales.

El otro elemento que va a surgir con las nacionalizaciones que se comienzan a producir después de la Segunda Guerra Mundial, es la indemnización que va a vincularse al acto de cambio de la propiedad: de privada a estatal, y ello constituye una diferencia esencial con las nacionalizaciones soviéticas y mejicanas. Por supuesto, que ese elemento que va a pasar a ser consustancial a esos procesos, siempre resulta consagrado en los respectivos ordenamientos jurídicos al momento de regular la figura de la nacionalización, con excepción de algunos casos, como el de Cuba. La determinación de la indemnización será fuente de innumerables conflictos judiciales y políticos entre los países nacionalizadores y los propietarios de los bienes, recursos o empresas nacionalizados, porque en los primeros tiempos, y también posteriormente, privaba y ha privado el criterio de que no necesariamente el monto de la indemnización determinado por el Estado, siguiendo los criterios establecidos en los correspondientes instrumentos jurídicos, debía corresponderse con el valor de los bienes nacionalizados, pues de ser así, se sostenía que las nacionalizaciones serían imposibles de llevar a cabo.

Esa fue la tesis impuesta en las nacionalizaciones inglesas y francesas, y es la que ha intentado reflejarse de alguna manera en los países que posteriormente han acudido al expediente de las nacionalizaciones, pero como es posible imaginarse, la misma no resulta nada pacífica, sobre todo cuando se nacionalizan bienes de empresas transnacionales, las cuales con su enorme poder pretenden una "justa indemnización" en los términos normalmente previstos en las leyes de expropiación, lo que ha suscitado juicios nacionales e internacionales, y muchas veces consecuencias peores, como el fomento de la desestabilización política y hasta de golpes de Estado, etc., pudiendo considerarse ejemplo de esas actuaciones el caso de Chile, país que nacionalizó el cobre en 1971, y para todos es conocido que las compañías nacionalizadas eran en su mayoría norteamericanas, así como el papel que ellas jugaron junto con el gobierno de EE.UU., en el derrocamiento del Presidente Allende en 1973.

De modo, pues, que el examen sucinto de los principales procesos de nacionalizaciones llevados a cabo durante el siglo XX, permite concluir, desde la perspectiva enteramente jurídica, que el núcleo de las mismas es la apropiación de bienes privados por parte del Estado, independientemente de su motivación: implantación de una revolución socialista, implantación del Estado Social de Derecho y defensa del nacionalismo frente a empresas transnacionales, y que con posterioridad a 1945 el otro elemento de relevancia es la obligación del Estado nacionalizador de pagar la correspondiente indemnización, la cual obedece a un concepto distinto a la "justa indemnización" prevista en los ordenamientos que regulan a la expropiación por causa de utilidad pública o social.

15.3.2.2. **El concepto de nacionalización asociado a cada ordenamiento jurídico**. Debemos reiterar que la experiencia histórica demuestra que todas las nacionalizaciones, pese a estar coloreadas por variables de naturaleza política, filosófica, histórica y sociológica, requieren la correspondiente regulación normativa a nivel constitucional o legal. Pese a que la doctrina ha discutido bastante sobre la existencia de la nacionalización como figura jurídica autónoma, cobrando fuerza su inexistencia como tal, lo que sí resulta incontrovertible es que en los ordenamientos en que aparece prevista es una institución jurídica, que siempre responderá al núcleo esencial antes señalado (transformación de la propiedad privada en propiedad estatal), pero que a partir de allí admite matices diferenciados. Así, por ejemplo, puede suceder que no esté contemplada la indemnización, o que estando contemplada, los elementos para su determinación puedan llegar a conducir prácticamente a tornarla nugatoria, o que estando contemplada la fijación del monto de la indemnización quede a cargo de un órgano del propio Estado nacionalizador, acto que puede ser susceptible a impugnación o bien considerarse inimpugnable. O, sencillamente, que se llegue a consagrar una nacionalización por una especie de vía oblicua a través de la figura de la reserva, como veremos más adelante.

Los múltiples matices que puede revestir la configuración jurídica de la nacionalización, así como la discusión acerca de su inexistencia como figura autónoma, conducen a sostener que el concepto de nacionalización está caracterizado por la relatividad, en virtud de que el mismo responderá a cada ordenamiento jurídico que lo contemple, y más aún, a las condiciones sociopolíticas que subyazcan en el momento de dictar el acto nacionalizador, pues seguramente dicho acto estará en función de la tesis hermenéutica que sobre los dispositivos constitucionales o legales, priven en ese momento. De manera, pues, que salvo en lo tocante a la variable concerniente a la conversión de la propiedad privada en propiedad pública, resulta muy difícil examinar de manera general a la nacionalización, y más bien habrá que estudiar cada una de las nacionalizaciones, y a partir de allí extraer las conclusiones que correspondan. Por lo menos desde el punto de vista jurídico, esa parece ser la metodología más pertinente.

15.3.2.3. **Algunos rasgos tendencialmente generales de las nacionalizaciones, derivadas de las Resoluciones de las Naciones Unidas**. Pese a la indicada relatividad del concepto de nacionalización, por razones didácticas consideramos conveniente aludir a ciertos rasgos generales que durante las décadas de los sesenta, setenta y ochenta del siglo XX, estuvieron presentes en los ordenamientos de muchos países que preveían directa o indirectamente la figura de la nacionalización, y que permitieron darle una estructura formal jurídica a la misma, tendencialmente uniforme. Para ello les bastó tomar como modelo las Resoluciones 1.803 (XVII) del 14-12-62 **de la Soberanía permanente sobre los recursos naturales**, y 3.171 (XXVIII) del 17-12-73. **Soberanía permanente sobre los recursos naturales**, de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En la primera de ellas se declara que constituye un derecho de los pueblos y de las naciones el ejercicio de la **soberanía** permanente sobre sus riquezas y recursos, pudiendo en consecuencia **nacionalizarlos** por motivos de utilidad pública, de seguridad o interés nacional, los cuales se consideran superiores al mero interés particular, tanto nacional como extranjero, condicionando dicha

medida al pago de la indemnización atendiendo a las normas vigentes en el Estado que la adopta en ejercicio de su **soberanía**. Así mismo en dicha Resolución quedó asentado que en caso de litigio sobre la indemnización debe agotarse la jurisdicción nacional, pudiendo dirimirse el litigio mediante arbitraje o arreglo judicial internacional entre las partes, siempre y cuando así sea acordado entre los Estados **soberanos** y los interesados (puntos 1 y 4).

La segunda Resolución, que ratifica y amplía la primera, por lo que toca al punto objeto de nuestro examen, declara:

> "…3. **Afirma que la aplicación del principio de la nacionalización por los Estados, como expresión de su soberanía**, para salvaguardar sus recursos, implica que cada Estado tiene el derecho a determinar el monto de la posible indemnización y las modalidades de pago y que toda controversia que pueda surgir deberá resolverse de conformidad con la legislación nacional de cada uno de los Estados que apliquen tales medidas".

De modo, pues, que sin tener las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas carácter vinculante, desde el punto de vista jurídico, es innegable el peso político y filosófico que pueden llegar a revestir, y lo que es más importante la tendencia de los Estados del denominado tercer mundo, en casos como éstos en que teóricamente pretenden proteger sus riquezas y recursos naturales, a traducirlas en normas en sus respectivos ordenamientos. En esta línea argumental cabe recordar que, básicamente a partir de la década de los sesenta del siglo pasado, los países denominados subdesarrollados –ahora emergentes– comenzaron a reivindicar el derecho soberano sobre las riquezas naturales, la gran mayoría de las veces animados por un espíritu puramente nacionalista, en la búsqueda de la superación de la pobreza que crónicamente los afectaba, mas no con la finalidad de transformar el sistema socioeconómico y mucho menos avanzar hacia la socialización de los medios de producción.

Pues bien, no cabe duda que las citadas Resoluciones de la ONU contenían un modelo jurídico formal, susceptible de ser recibido en cualquiera de los ordenamientos de los indicados países porque, en primer lugar, declaraban que la nacionalización de los recursos y las riquezas constituía una expresión de ejercicio de soberanía por parte de los Estados; en segundo lugar, establecían que toda medida de nacionalización originaba el pago de una indemnización; en tercer lugar, que dicho pago debía estar regido por las leyes vigentes dictadas a tal fin por el Estado que nacionalizaba; en cuarto lugar, que en el ejercicio del derecho soberano a la nacionalización correspondía al Estado determinar el monto de la indemnización y las modalidades de pago de la misma; y en quinto lugar, que en caso de litigio sobre la indemnización, el mismo debía resolverse en los Tribunales nacionales, pudiendo acudirse a las vías del arbitraje y de los acuerdos internacionales solamente cuando así fuese acordado entre los Estados y los interesados.

La enumeración contenida en el párrafo anterior evidencia que casi todos los elementos formales jurídicos de las nacionalizaciones, quedaban reflejados en dichas Resoluciones. Así lo entendió el Estado chileno en la oportunidad que le correspondió nacionalizar la industria del cobre, pues prácticamente los repitió en la reforma que hizo de la Constitución para consagrar la figura de la nacionalización.

15.3.2.4. **El modelo contenido en la Constitución chilena de 1971**. Por cuanto puede constituir un modelo, pese al desfase de esta otrora importante figura jurídica, utilizada sobre todo por los países denominados subdesarrollados para intentar proteger sus recursos y riquezas naturales, a continuación resumimos las previsiones contenidas en la reforma de la Constitución chilena de 1971, que en su tiempo sirvieron de base para nacionalizar el cobre. Esas previsiones sobre la nacionalización son:

a) La nacionalización era una figura inexistente hasta ese momento en el ordenamiento jurídico chileno, y visto que las resoluciones de la

ONU permitían su regulación por instrumentos de rango legal o por la propia Constitución, se prefirió optar por la reforma puntual de esta última, lo que por lo demás evitaba, desde el punto de vista jurídico formal, en el caso concreto de la nacionalización del cobre, que se realizó mediante esa misma reforma, cualquiera impugnación constitucional.

b) Sobre el objeto de la nacionalización, el texto reformado de la Constitución preveía que podía estar constituido por los recursos naturales, bienes de producción u otros declarados de preeminente importancia para la vida económica, social o cultural del país. Y puntualizaba que, cuando se tratase de nacionalización de actividades o empresas mineras calificadas por la Ley como Gran Minería, "**la nacionalización podrá comprender a ellas mismas, a derechos en ellas, o a la totalidad o en parte de sus bienes"**. En ese caso podía extenderse a bienes de terceros, de cualquier clase, directa y necesariamente destinados a la normal explotación de dichas actividades y empresas.

c) Desde luego que la nacionalización chilena trae como consecuencia el pago de una indemnización a los propietarios de los bienes nacionalizados, excluyendo de éstos a las minas, los depósitos de carbón e hidrocarburos, etc., los cuales se declaraban del dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible del Estado, razón por la cual no resultaban susceptibles de ser indemnizados, en caso de nacionalización de las empresas mineras que los explotaban, ya que evidentemente éstas de ninguna manera podían invocar derecho de propiedad alguno sobre los respectivos yacimientos. Así mismo preveía que el monto de la indemnización podía determinarse sobre la base del costo original de esos bienes, previa deducción de las amortizaciones, depreciaciones, castigos y desvalorizaciones por obsolescencia. Pero además establecía que en esa determinación podían tenerse en cuenta las denominadas "**rentabilidades excesivas que hubieren obtenido las empresas nacionalizadas"**, las cuales debían deducirse del correspondiente monto de la indemnización. De allí pues, que el concepto

de indemnización vinculado a la nacionalización, como lo expusimos antes, sea cualitativamente distinto al que opera en la institución de la expropiación por causa de utilidad pública o social.

En torno a la diferencia de la nacionalización con la expropiación sostuvo NOVOA MONREAL (1974), que la justa o equitativa indemnización propia de la expropiación por causa de interés público, impone "tomar en consideración los intereses de los expropiados y la colectividad, balanceándose ambos intereses. La nacionalización, por el contrario, por ser una institución jurídica con una finalidad mucho más amplia que la expropiación, como es la de servir de instrumento para la transformación de las estructuras económicas de un país, lleva envuelta la idea de que en la evaluación de la indemnización debe prevalecer el interés de la colectividad sobre el interés privado". En esa misma línea conceptual se inscriben otros autores, quienes sostienen que el concepto de indemnización en la nacionalización necesariamente debe diferenciarse del de la expropiación, porque de lo contrario se corre el riesgo de caer en un círculo vicioso: Un país necesita nacionalizar sus riquezas naturales para intentar salir de la pobreza, pero debido a que esa misma pobreza impide pagar la "justa" indemnización, entonces el país, debido a su pobreza, queda impedido de nacionalizar sus recursos naturales. Demás está recordar que ésta fue la tesis que privó en las nacionalizaciones realizadas en Gran Bretaña y Francia después de la Segunda Guerra Mundial.

d) La reforma constitucional prohibía la impugnación de la nacionalización, pues solamente admitía el cuestionamiento judicial de la indemnización, por supuesto, basándose en la eventual infracción del régimen constitucional antes enunciado. Es preciso advertir que en el caso de la nacionalización del cobre contenida en las disposiciones transitorias originadas en la señalada reforma, se otorgó la potestad al Contralor General de la República para que en el plazo de noventa días contados a partir de la Públicación de la reforma, determinara el monto de las correspondientes indemnizaciones. Igualmente se estatuyó que

contra la decisión del mencionado alto funcionario, podía interponerse recurso de apelación por ante un Tribunal especialísimo, previsto en las disposiciones transitorias, originadas con ocasión de la indicada reforma constitucional: el Tribunal Especial del Cobre, el cual decidía el recurso en única instancia.

e) Por obra de la Constitución, el Estado quedaba facultado para tomar posesión material de los bienes nacionalizados inmediatamente después que ésta entrase en vigencia. O sea, que "ope constitutionem" la nacionalización producía la transferencia coactiva de los bienes nacionalizados al Estado.

El resumen anterior de las previsiones contenidas en la reforma de la Constitución chilena de 1971, incluyendo las correspondientes a las disposiciones transitorias aprobadas en esa oportunidad para concretar la denominada nacionalización del cobre, ponen en el tapete la casi totalidad de los aspectos jurídicos formales más relevantes que constituyen el marco normativo de los procesos de nacionalizaciones, incluyendo la figura bastante discutible desde una perspectiva ortodoxa, de las denominadas "rentabilidades excesivas", vinculadas a la indemnización, las cuales fueron calculadas con efecto hacia el pasado hasta el año 1955. En ese orden ideas, cabe señalar que el indicado marco constitucional deja claro el objeto de la nacionalización: bienes, entre los cuales pueden incluirse empresas o acciones de esas empresas, generalmente cuando están vinculadas al recurso, riqueza o servicio que se pretende nacionalizar, pero igualmente declara como bienes susceptibles de ser nacionalizados aquéllos pertenecientes a terceros, de cualquier clase, que estén directa y necesariamente destinados a la normal explotación de actividades y empresas nacionalizadas.

También se desprende del anterior resumen, que la nacionalización es una figura jurídica, cuyo núcleo esencial radica en la transferencia coactiva de la propiedad de bienes, empresas o acciones de las mismas de particulares al Estado. Planteada de esa manera no se

requiere que previamente sea declarada la reserva de sectores de actividad económica, para posteriormente, si el Estado decide gestionar directamente el sector, proceder a la expropiación de los bienes o las empresas de los particulares del sector. Tampoco se trata de una declaratoria de demanialidad pública de determinados bienes, a los fines de que pasen a la propiedad privada. En fin, la nacionalización en sí misma transfiere la propiedad de bienes y empresas, sin necesidad de acudir ni a la expropiación ni a la declaratoria de demanialidad, según el caso, previo pago de la indemnización correspondiente, la cual en términos del citado texto constitucional debía ser "adecuada", que no era equivalente a "justa" o a "equitativa".

Por otro lado, también queda evidenciada la clara diferencia existente entre el concepto de indemnización derivado de la nacionalización, y el concepto de indemnización previsto en los procedimientos de expropiación por causa de utilidad pública o social. Precisamente porque el concepto es diferente, la Constitución o la Ley pueden establecer modalidades ajustadas a las características de cada país y al momento histórico, a los efectos del cálculo de la indemnización, a la metodología de pago, así como a los lapsos máximos para dicho pago.

Finalmente, se revela la tendencia a declarar inimpugnable el acto de nacionalización, recayendo cualquier impugnación única y exclusivamente sobre la determinación del monto de la indemnización, la cual debe tramitarse necesariamente por ante los Tribunales del Estado que nacionaliza.

En fin, como expresamos anteriormente, las nacionalizaciones son, en la actualidad, instituciones jurídicas en extinción, y estamos convencidos que a corto plazo no se avizora una vuelta al furor de las nacionalizaciones propio de las décadas de los sesenta, setenta y ochenta. Sin embargo, consideramos que tener una noción jurídica de las mismas resulta necesario, sobre todo si se considera que todavía en la mayoría de las Constituciones modernas está prevista una institución

muy próxima a la nacionalización, como es la **reserva**, lo que impone el mencionado conocimiento a los fines de contrastar y diferenciar ambas figuras, y por supuesto, también con la finalidad de abordar cualquier problema jurídico derivado de nacionalizaciones anteriores. Y desde luego, que también existirán algunos ordenamientos, pese a la obsolescencia de la figura que la contemplen, los cuales, nos atrevemos a afirmar seguramente la encuadrarán, con sus debidas particularidades, en los parámetros enumerados anteriormente; de allí entonces la utilidad del modelo inferido de la derogada Constitución chilena.

15.3.2.5. **Nacionalización: diversas acepciones** En realidad en la época del furor de las nacionalizaciones, la doctrina, atendiendo a las particularidades de cada proceso, discutió sobre las diversas acepciones del término nacionalización. En realidad no existía discusión sobre el núcleo esencial del concepto (transferencia coactiva de la propiedad de los bienes, empresas, etc., particulares, al Estado), sino más bien sobre la denominación que debía dársele atendiendo al destinatario de los bienes que pasaban a la propiedad estatal. Así por ejemplo, si la Ley o el instrumento normativo que lo preveía señalaba que los bienes o empresas nacionalizados iban a ser operados en forma tripartita, como ocurrió con los procesos franceses posteriores a 1945, por empresas con participación del Estado, los consumidores y los trabajadores, se decía que se trataba de una verdadera nacionalización, en virtud de que los bienes no se transferían únicamente a los órganos del Estado, sino a la colectividad, esto es, a la nación; de allí que resultase correcto denominar el proceso nacionalización, e inclusive socialización.

En cambio, cuando se preveía que la transferencia de los bienes se hacía a la Administración, bien a un órgano administrativo o a una empresa pública, en cuya gestión no intervenían los ciudadanos (trabajadores, consumidores o usuarios), entonces se configuraba un proceso de **estatalización o publicización.**

En lo tocante a esas diferencias terminológicas, ARIÑO (2001) realiza un análisis descarnado acerca de las mismas, negándolas de

plano, pues explica que las experiencias históricas demuestran (Gran Bretaña, Francia), que la incorporación de trabajadores o usuarios a las empresas operadoras de los bienes o actividad nacionalizados, inclusive bajo la figura de la denominada gestión, en realidad es una ficción, debido a que siempre quienes mandan internamente en las mismas son los directivos (presidentes, gerentes) designados por la Administración, y además ésta lo hace externamente a través de la tutela financiera y técnica ejercida a través del Ministerio correspondiente; de allí que para este autor no existe diferencia alguna entre nacionalización y estatalización, o dicho de otra manera, toda nacionalización en definitiva es un proceso de estatalización.

También puede hablarse de nacionalización en un sentido diferente, para aludir a los procesos que también en el pasado se dieron en algunos países, originado en razones estratégicas o simplemente económicas, desde luego, mediante el correspondiente instrumento normativo, que conducían a desplazar de un sector de actividad económica (verbigracia Bancos, seguros o medios de comunicación) el capital perteneciente a sociedades extranjeras o a extranjeros, y a sustituirlo con capitales pertenecientes a nacionales. Finalmente, debe quedar claro entonces que no pareciera existir diferencia alguna entre nacionalización y estatalización, y tal vez ello haya conducido a que el primer término se imponga tanto en el lenguaje jurídico como académico.

15.3.3. **La reserva**.

15.3.3.1. **Premisa introductoria (la figura de la reserva asociada a las nacionalizaciones**. Hemos visto que la nacionalización es una institución con una fuerte carga ideológica, aun en los países enmarcados en el sistema capitalista que la contemplaban, y todavía la contemplan en sus ordenamientos jurídicos, pues detrás de la nacionalización siempre late la idea de la transformación de las estructuras económicas, en mayor o menor grado, según el caso. Y en los denominados países subdesarrollados, la más de las veces estaba

signada por el rescate de los recursos y riquezas naturales que venían siendo explotados por empresas transnacionales, y en definitiva por la búsqueda de la superación de la pobreza, desde luego, como expresa la doctrina francesa, excluyendo esas riquezas y recursos naturales de la "gestión capitalista". Ni qué decir de la carga ideológica de las nacionalizaciones que se produjeron en la URSS y en los países bajo su influencia.

De modo, pues, que la figura de la nacionalización, debido a esa innegable carga ideológica y connotación política de que está revestida, desde el principio originó partidarios y detractores, y por ende, acentuadas discusiones doctrinarias y políticas. Tal vez ello condujo a que en los procesos constituyentes de algunos países europeos, en la búsqueda del necesario consenso que debe presidir la aprobación de toda Constitución, se transitase una especie de camino más "amable" para llegar a las nacionalizaciones. Fue así como se acudió a una figura ya conocida en el contexto de los bienes del dominio público, sobre todo en los mineros e hídricos, denominada **reserva**, siendo trasplantada con un carácter tendencialmente general, en lo tocante a su objeto, casi siempre ubicado en el ámbito de la economía, a las Constituciones. Así ocurrió en la Constitución italiana de 1947 y en la española de 1978, no sucedió lo mismo con las Constituciones francesas de 1946 y 1958, que en el preámbulo y en el artículo 34, respectivamente, contemplaban y contemplan a la figura de la nacionalización, ni con la Constitución alemana de 1949, que en su artículo 15 contempla la nacionalización del suelo, la tierra y los recursos naturales.

Afirmamos que es un camino más "amable" hacia la nacionalización, porque efectivamente, si bien toda reserva comporta una limitación, o mejor una supresión, del derecho de empresa o de la libertad económica de los particulares en determinados sectores económicos, no necesariamente origina, aunque hay que decirlo, en casi todos los casos así ocurre, una nacionalización indirecta o derivada. Por lo demás este camino puede resultar mucho menos traumático para los particulares, que el de la nacionalización, tal como la definimos precedentemente.

15.3.3.2. **Hacia una definición de la reserva**. Es necesario comenzar señalando que la reserva, como expresamos antes, incide sobre el derecho a la libre empresa y en general a la libertad económica de los particulares, puesto que una vez que es declarada se produce una interdicción de "iure" para que los particulares puedan ejercer su derecho sobre determinada actividad o recurso, en virtud de que pasa a la titularidad exclusiva del Estado. Ahora bien, un sector de la doctrina (BASSOLS, 1984), afirma que la incidencia sobre ese derecho no se proyecta sobre su titularidad, sino sobre la legitimación para su ejercicio. En ese mismo sentido se pronuncia el autor italiano BARTOLOMEI (1962), al conceptuar a la reserva como un acto ablatorio que impone una prohibición a los particulares para el ejercicio de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico. También PREDIERI (1960), sostiene que se trata de una prohibición o de un conjunto de prohibiciones de iniciativas o de actividades empresariales (producción, venta de bienes y servicios, a los particulares y a otros entes públicos).

En cambio, GIANNINI (1970), propone una tesis totalmente contraria, porque afirma que las normas que establecen la reserva no contienen prohibiciones para el ejercicio de un derecho a los particulares, sino que por el contrario reconocen un derecho (de propiedad o de empresa), a favor de un sujeto determinado (en este caso el Estado). En tal sentido el profesor Giannini señala que no pueden contener prohibiciones, porque las normas prohibitivas, precisamente por detentar esa naturaleza, no admiten la existencia de derechos.

Pareciera la tesis de Giannini mejor fundada, porque de admitirse que se trata sólo de una prohibición de ejercicio de una actividad o del uso de un bien, aparte del problema de la eventual indemnización, que se analizará más adelante, habría que aceptar que la reserva es un acto de carácter temporal, razón por la cual en cualquier momento podría ser levantada, dado que los titulares mantendrían suspendidos sus derechos. Sin embargo, dada la especial naturaleza de esta figura, inclusive su carácter excepcional, frente a la libre competencia y a la libre iniciativa

económica, así como su posible derivación en nacionalización, resulta bastante discutible que pueda revestir el carácter de una simple prohibición del ejercicio de derechos tan importantes de los ciudadanos, e igualmente que en el fondo llegue a tener un carácter provisorio. De allí que en ese sentido optemos por adscribirnos a la tesis sustentada por el Profesor Giannini.

La doctrina italiana, porque así lo prevé expresamente el artículo 43 de la Constitución, postula la existencia de una **reserva originaria**, y partiendo de esa premisa la doctrina española, pese a que el artículo 128.2. de la Constitución alude, sin realizar ninguna especificación, a la figura de la reserva, también admite la existencia de la **reserva originaria,** pero infiere del mencionado precepto constitucional otra categoría: **La reserva derivada o sucesiva**. En ese orden de ideas, la primera modalidad se configura cuando la iniciativa privada, por cualquier razón (técnica o económica) no haya realizado actividades en el correspondiente sector, de tal manera que no existen derechos, cuyo ejercicio deba prohibirse, o cuya titularidad deba extinguirse y pasar al Estado, según la tesis a que se adscriba el lector. La segunda modalidad, por el contrario, implica que la iniciativa privada para el momento de declarar la reserva desarrolla o ha desarrollado actividades en el sector.

Admitir esas modalidades de reservas permite abordar un aspecto muy importante que puede estar vinculado o no a la reserva. Se trata de la indemnización de los particulares que resultan afectados en sus derechos por el acto de reserva. En efecto, resulta lógico que si se reserva un sector de actividad sobre el cual nunca ha incidido la iniciativa privada, o un conjunto de recursos naturales, que sin haber sido declarados demaniales, tampoco han sido objeto de la iniciativa privada, que el Estado al sustraer esas actividades y bienes de la esfera de los privados, sin causarles ningún perjuicio, no deba pagarle ninguna indemnización. O sea, que la reserva originaria no genera indemnización. Por el contrario, las reservas sucesivas o derivadas pueden originar

indemnización, la cual, según BASSOLS (1984), en el derecho español puede adoptar las siguientes modalidades: "conversión del libre ejercicio de la empresa en concesionario, constitución forzosa de una sociedad mixta, intervención de la empresa, imposición de modalidades específicas de gestión, adquisición voluntaria de las empresas y, por último, la expropiación forzosa de las empresas, o de sus acciones".

Por último, cabe señalar con relación a la definición de reserva, que la misma para tornarse operativa implica dos fases, a saber: a) la declaratoria, y b) la ordenación o reordenación jurídica del sector de actividades o del uso de los bienes. Ello significa que la Administración una vez excluida la iniciativa privada del sector, debe decidir qué hacer para seguir desarrollando las actividades o utilizando los bienes reservados. Pudiendo esa ordenación, en la hipótesis de la reserva originaria, y esa reordenación en la hipótesis de la reserva derivada o sucesiva, conducir inclusive, como lo veremos enseguida, hasta la nacionalización, o a algunas de las modalidades de indemnización señaladas por Bassols en el ordenamiento español.

15.3.3.3. **Reserva y nacionalización**. Es preciso subrayar que la declaratoria de reserva, desde el punto vista conceptual, no implica necesariamente una nacionalización, o sea, que no existe equivalencia entre reserva y nacionalización; no obstante, las experiencias históricas demuestran que casi siempre la reserva conduce subsiguientemente a la nacionalización. En efecto, en ese orden de razonamiento la declaratoria de reserva de un sector de actividades o de un conjunto de bienes, permite visualizar varios escenarios:

a) La reserva originaria, que como vimos no genera indemnización, cuya subsiguiente fase de ordenación puede conducir o no a la nacionalización del sector de las actividades o de los bienes reservados, en virtud de que la interdicción de la iniciativa privada que origina la declaratoria de reserva, legitima al Estado para asumir la gestión actividad o la explotación de los bienes o recursos. Pero una u otra

puede ser directa o indirecta. Si la gestión directa es en exclusiva, entonces se configurará una nacionalización; en cambio, si la gestión es indirecta, mediante concesión, arrendamiento, etc., la reserva de ninguna manera dará lugar a la nacionalización.

Cabe precisar que cuando el Estado, después de declarada la reserva, monopoliza todo el circuito económico, o algunas de las fases de dicho circuito, verbigracia la exploración o explotación de determinados recursos naturales, entonces estaremos en presencia de una nacionalización, derivada, desde luego, de una previa reserva originaria. Más aún, se tratará, como señalamos antes, en definitiva de una nacionalización sin indemnización.

b) La reserva sucesiva o derivada que origina indemnización, bajo cualquiera de las modalidades indicadas por Bassols, cuya subsiguiente fase de reordenación jurídica puede igualmente conducir a la nacionalización de la actividad o de los bienes reservados, pero igualmente puede el Estado optar por soslayar la nacionalización. Efectivamente, insistimos en que la reserva, cualquiera que sea la tesis doctrinaria que prevalezca, en el fondo implica una interdicción a la iniciativa económica de los particulares, y en definitiva a la libertad de empresa.

Por consiguiente, una vez que el Estado pasa a ser el único legitimado para ejercer esos derechos extinguidos en forma general, según la tesis que preferimos, o los pasa a ejercer sencillamente debido a la prohibición, también general, que implica la reserva, según la otra tesis doctrinaria, en el marco del mencionado proceso de reordenación jurídica de la actividad reservada, que como dijimos puede estar referida a un sector de la actividad, verbigracia petroquímica, o la realizada para la exploración, explotación y comercialización de determinados recursos naturales, la Administración puede optar también por una gestión directa, en forma exclusiva, que dará lugar a la nacionalización, y al igual que en el caso anterior puede ser total, si se refiere a todo el circuito productivo y de comercialización, o puede ser parcial, si se refiere sólo a alguna de sus fases.

Es necesario precisar que cuando existen operadores en el sector de la actividad nacionalizada, la reserva, a diferencia de la nacionalización conceptuada en los términos expuestos en el punto correspondiente, no tiene ninguna incidencia sobre la propiedad de las empresas operadoras, ni tampoco sobre sus bienes y acciones. Por tanto, desde el punto de vista teórico declarada la reserva de una actividad o industria, si el Estado decidiese gestionarla en directa y en exclusiva y tuviese una empresa suficientemente dotada para hacerlo, las operadoras seguirían existiendo válidamente, pero por supuesto que no podrían realizar ningún tipo de actividad que se inscriba dentro del ámbito reservado. Se configura de esta manera una nacionalización originada en una reserva sucesiva o derivada, que extingue el derecho a la libre empresa a los particulares que actuaban en el sector, pero que en principio no genera indemnización. Queda por revisar si a la luz de los respectivos ordenamientos, ese cese de actividades comporta un daño que deba ser indemnizado por el Estado.

Por otro lado, la reserva sucesiva o derivada puede conducir a una gestión indirecta de la actividad reservada, cuando el Estado queda facultado para delegar la gestión de dicha actividad, mediante concesión, la más de las veces, concierto, arrendamiento, etc., a los particulares.

De modo, pues, que pese a que las experiencias tienden a demostrar que existe casi una relación de causalidad entre reserva y nacionalización, debido a que casi siempre que se reserva una actividad, la misma pasa a ser gestionada en forma exclusiva por el Estado, es decir, se nacionaliza, no es posible desde el punto vista conceptual predicar esa relación, pues perfectamente, atendiendo al ordenamiento jurídico pertinente y al interés público tutelado, la Administración puede optar por una gestión indirecta de la actividad reservada, acudiendo para ello a las figuras conocidas de la concesión, el concierto, el arrendamiento, etc. En fin, lo que interesa subrayar es la inexistencia de la citada relación de causalidad entre reserva y nacionalización, y sobre todo la inexistencia de una equivalencia entre nacionalización y reserva,

por supuesto, teniendo en cuenta que cada ordenamiento positivo puede echar por tierra estos principios que hemos derivado del examen de las señaladas Constituciones.

15.3.3.4. **Objeto de la reserva**. En términos generales se puede afirmar que la declaratoria de reserva recae sobre actividades, industrias, recursos, etc. Corresponderá a cada ordenamiento prefigurar el objeto de la reserva, tomando en consideración muchas variables, entre otras la evolución de la Constitución en esa materia, el grado de vinculación del objeto al interés general, el carácter estratégico del objeto en materia de seguridad o en materia económica, la compatibilización de la regulación en lo tocante al objeto con las disposiciones de derecho comunitario, si el país forma parte de un pacto de integración.

En esa línea de razonamiento resulta útil traer a colación las disposiciones de las Constituciones italiana y Española. Así, en el artículo 43 de la primera constituye objeto de la reserva originaria "**determinadas empresas o categorías de empresas que se refieran a servicios públicos esenciales o a fuentes de energía o a situaciones de monopolio y tengan carácter de preeminente interés general**". El artículo 128.2. de la española precisa que el objeto de la reserva está constituido por "**los recursos y servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio**… cuando así lo exigiere el interés general".

Sin entrar a examinar el alcance de las señaladas expresiones, que ha originado un largo debate en esos países, consideramos necesario destacar que en ambos dispositivos juegan papeles relevantes los denominados conceptos jurídicos indeterminados, que como se sabe admiten una sola solución correcta, pero que precisamente debido a su indeterminación, permite que esa solución interpretativa varíe de acuerdo a las diferentes circunstancias que en un momento histórico subyacen al acto interpretativo. En efecto, en la Constitución italiana en el dispositivo aparece el concepto jurídico indeterminado "servicios públi-

cos esenciales", y en la española "recursos o servicios esenciales", ambos vinculados al "interés general" (CE), y al "interés general preeminente" (CI).

Queda claro pues, que la conformación del objeto de la reserva revela intrínsecamente el carácter excepcional de la figura, frente a la iniciativa económica privada, puesto que ese objeto aparece claramente delimitado en determinadas y precisas actividades y bienes, delimitación en la cual si bien juegan un papel relevante los indicados conceptos jurídicos indeterminados, puesto que ellos como se sabe, en sí mismos constituyen un límite, porque sólo admiten una solución justa producto del trabajo hermenéutico del órgano competente. Además dicho límite se estrecha más aún, cuando se fija una especial clase de instrumento normativo para declarar la reserva. Queda claro entonces que el objeto de la reserva recae sobre un sector de actividades económicas (industrias o ramas de industrias o comercio), pero también sobre bienes o recursos (recursos naturales).

15.3.3.5. **Reserva e indemnización**. Reiteramos que no existe una relación de causalidad, a diferencia de lo que ocurre con la nacionalización, entre reserva e indemnización, en virtud de que no toda reserva da lugar a indemnización. Efectivamente, ya expusimos que la denominada "reserva originaria" no da lugar a indemnización, sencillamente porque no genera ningún daño para los particulares. Pero no se puede predicar lo mismo de las reservas sucesivas o derivadas, pues de alguna manera ellas suponen la afectación del derecho a la libre empresa. Por esa razón en el marco del concepto amplio de indemnización Bassols asoma varias modalidades de indemnización que surgen en el momento en que el Estado pase a reordenar jurídicamente la actividad a los fines de someterla a su control. Esas modalidades van a depender de la decisión subsiguiente de nacionalizar o no la actividad o los bienes.

Si se opta por la nacionalización, es decir, por monopolizar la gestión, entonces deberá procederse a indemnizar a los particulares que

desarrollaban actividades en el sector nacionalizado, como consecuencia de la declaratoria de reserva. En esa hipótesis habrá que determinar previamente qué se requiere para que la Administración pueda realizar la aludida gestión en la forma indicada, pues puede ocurrir que se requieran las empresas como unidades jurídicas económicas, o que se requieran únicamente los bienes utilizados por ellas, a los fines de proceder a la expropiación que dará lugar a la indemnización.

Llegado a este punto cabe preguntarse si los argumentos que resultan válidos para determinar la indemnización en los casos de nacionalizaciones originarias, es decir, no derivadas de actos de reserva, resultan válidos para las nacionalizaciones subsiguientes a la reserva, pues ya expusimos las tesis que se esgrimieron con ocasión de la nacionalización del cobre en Chile, las cuales no hacían más que recoger las que ya habían encontrado aplicación en Francia y Gran Bretaña, en el curso de sus respectivos procesos de nacionalización, llevados a cabo después de la Segunda Guerra Mundial.

La respuesta a esa interrogante en el marco de los actuales textos constitucionales no deja de suscitar discusiones, ya que podría sostenerse que en este tipo de nacionalización (indirecta, derivada de la reserva) rigen las reglas sobre la indemnización de las nacionalizaciones originarias, partiendo de la premisa que desde el punto de vista sustantivo no existe ninguna diferencia entre ambos tipos de nacionalizaciones, pues en ambos casos su núcleo esencial radica en la transferencia al Estado de los bienes o recursos. Pero también podría afirmarse que los partidarios de esa tesis parten de un falso supuesto, en virtud de que equipararían dos instituciones que aunque tienen la misma denominación obedecen a motivaciones y procedimientos diferentes, dado que en la nacionalización originaria existe la voluntad estatal de sustraer de la propiedad privada bienes para transferirlos al Estado, con la finalidad de tutelar el interés general, o cambiar las estructuras socioeconómicas, en cambio, con la reserva se suprime la libertad económica, pero de ninguna manera ello implica necesariamente la referida sustracción de

bienes de propiedad privada, inclusive en la reserva originaria tal situación no resulta materialmente posible.

De tal manera que desde el punto de visto jurídico la nacionalización originaria es una institución mediante la cual el Estado se apropia de los bienes o recursos de los privados, en el marco de una decisión que se inscribe, sin ninguna duda, en el marco de su Plan de desarrollo económico y social; en cambio, desde el punto de vista jurídico, la nacionalización derivada de una declaratoria de reserva es una eventual consecuencia de dicha declaratoria. Por tal razón no existe la voluntad estatal de nacionalizar. Por otro lado, los procedimientos como hemos visto son distintos, pues la nacionalización originaria tiene un procedimiento constitutivo autónomo; en cambio, en la derivada, se trata de un procedimiento derivado del de declaratoria de reserva.

Es necesario subrayar que aceptar la igualdad o la diferencia entre nacionalización originaria y nacionalización indirecta, resulta fundamental para postular una tesis que postule que la base conceptual de la indemnización para ambos casos es la misma, o por el contrario para negar esa base conceptual. En efecto, si se acepta que es la misma, entonces debe concluirse que a la indirecta le será aplicable el régimen especial sobre indemnización de la originaria, razón por la cual quedarán derogadas las reglas relativas a la expropiación ordinaria que exigen el pago **oportuno de una indemnización justa** a los particulares por los bienes expropiados que pasan al patrimonio del Estado, las cuales como expresamos antes, han sido recogidas en las citadas resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas. Por tanto, no podrán pretender las empresas o los particulares que la indemnización sea justa, pagada al contado y con anterioridad a la transferencia de la propiedad.

En cambio, si se niega la igualdad entre la nacionalización originaria, y la derivada de una declaratoria de reserva, entonces la situación del Estado sería igual a la de cualquier particular que pretende adquirir un bien para que ingrese a su patrimonio, con la particularidad

de que la Administración puede adquirirlo en forma coactiva, ejerciendo la potestad expropiatoria. Pues bien, en ese orden de ideas entonces lo que corresponde es seguir el procedimiento que rige el ejercicio de la aludida potestad, delineado en la Ley que desarrolla el tradicional precepto constitucional, que al limitar la propiedad privada mediante esta institución garantiza, que proceda mediante un juicio que conduzca al **pago oportuno de una justa indemnización**; de tal manera que desde esta perspectiva hermenéutica no será posible que el Estado cuando nacionalice indirectamente bienes de los particulares, pretenda pagar la indemnización acudiendo a las normas que rigen la indemnización en los casos de nacionalización originaria, o basándose en los principios vertebradores para dictar una normativa ad hoc, con la finalidad de conseguir el mismo objetivo.

Planteada así la situación, corresponderá a cada Derecho positivo asumir una posición en torno a la misma, si se opta por no establecer diferencia entre ambos tipos de nacionalizaciones, entonces en la Ley que declare la reserva, sería conveniente que de una vez se estableciera que la Administración asumirá la gestión de la actividad reservada, y que los bienes necesarios de los particulares que garanticen esa gestión serán expropiados. A tal fin ese texto legislativo prescribirá las modalidades para la determinación del monto de la indemnización, y para el pago. La experiencia demuestra que esta medida ablatoria significa un sacrificio para los particulares en pro de la tutela del interés general, razón por la cual no pueden pretender exactamente el valor real de los bienes expropiados, pero tampoco podrá ser un valor simbólico. Ha de advertirse que la sola inclusión en la Ley de reserva del régimen especial de indemnización en la hipótesis de nacionalizaciones originarias, no significa que se produzca un blindaje jurídico de esa normativa, pues a la luz de los preceptos constitucionales pertinentes en materia de expropiación (juicio, pago oportuno y justa indemnización), no resulta muy difícil invocar la incompatibilidad de dicha normativa con la Constitución, basándose precisamente en la inexistencia de una equiparación entre la nacionalización originaria y la nacionalización indirecta, o derivada de una declaratoria de reserva.

Lo que sí queda claro es que actualmente todos los ordenamientos contemplan, sea en el caso de las nacionalizaciones originarias o en el de las nacionalizaciones indirectas o derivadas de la reserva, la obligación de indemnización, razón por la cual puede concluirse que no es posible nacionalización, cualquiera que sea su clase, sin indemnización, pues la omisión de la indemnización configuraría una confiscación, que es una institución reñida con casi todos los textos constitucionales.

Es preciso en este punto referirse a una situación atípica que puede generar la declaratoria de reserva, que alguna vez se presentó en el pasado en países europeos, y que hipotéticamente puede volver a presentarse. Se trata de que el Estado al declarar la reserva asume la gestión monopólica de la actividad reservada, pero lo hace con una empresa constituida a tal fin, sin necesidad de nacionalizar ni las empresas que realizaban la actividad, ni los bienes que ellas utilizaban en el cumplimiento de ese cometido. De esa manera, la reserva teóricamente no afecta consecuencialmente a las empresas, pese a que sus efectos en la práctica le causan una lesión, porque quedan impedidas para continuar ejerciendo su actividad (libertad económica) en el sector nacionalizado, con todos los daños que ello puede significar.

La atipicidad de la situación demuestra que en realidad no se produce una afectación al derecho de propiedad de los particulares, pero en cambio sí hay una lesión a la libre iniciativa privada y en general a la libertad económica, que puede causar grandes daños y perjuicios a las empresas, según los casos, ya que es fácil imaginarse el monto significativo de los mismos para una empresa que deba parar sus máquinas, por ejemplo, y al mismo tiempo tenga que liquidar a todos sus trabajadores, amén de los efectos del cese de la actividad en el cumplimiento de los compromisos financieros. La discusión aquí debería centrarse en determinar si el mecanismo de la reserva, conceptuado como una de las formas fundamentales de la intervención del Estado en la vida económica, regulado constitucionalmente, comporta "ope constitutionem" que los daños que cause la respectiva declaratoria, como en

el ejemplo atípico descrito, son exceptuados de la responsabilidad del Estado, y por ende, no tienen que ser indemnizados por éste, sobre la base de que los particulares deben soportar esos daños, como concreción de un sacrificio del interés particular a favor del interés general. O por el contrario, si la afectación de los derechos de los particulares, en el ejemplo bajo examen, derivada de un acto del Estado, en este caso, del Parlamento, genera responsabilidad para este órgano, e impone la indemnización correspondiente.

Por supuesto, que avanzar una tesis en ese sentido supone un análisis del texto constitucional, específicamente de la denominada "Constitución económica", y tener muy en cuenta las nuevas teorías recogidas en varias Constituciones que superan la tesis de la soberanía del Parlamento, y admiten la responsabilidad de este órgano como legislador. Sin embargo, escapa a los fines de este trabajo entrar a examinar un asunto como el indicado, pero "prima facie", consideramos que si la Ley que declara la reserva origina daños a los particulares, en el marco de la hipótesis antes descrita (cese en el ejercicio de la actividad, por asumir la gestión con sus propios medios la Administración), pudiendo establecerse de esa manera una relación de causalidad entre los daños y el acto legislativo, pareciera procedente el pago de la indemnización, acudiendo a principios generales del Derecho, y especialmente al principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, pues en la señalada hipótesis más que un sacrificio legítimo exigido a los operadores económicos, en aras del interés general, parecería que el legislador pretende acentuar desproporcionadamente, y desde luego desigualmente, el sacrificio o carga pública, sobre los señalados operadores, invocando los intereses superiores de la colectividad.

En fin, la invocación de principios jurídicos y lógicos, así como la tendencia a consagrar la responsabilidad por acto legislativo, apuntan hacia la idea de que si la declaratoria de reserva causa un daño a los particulares, como el ejemplificado, el mismo debe ser indemnizado.

Eso sí, tal indemnización como se inscribe dentro de los privilegios constitucionales de la intervención económica, sólo explicable en el marco de un estado social de derecho, debe obedecer a las mismas reglas que rigen en el caso de las nacionalizaciones.

15.3.3.6. **Límites constitucionales a la reserva**. Es fácil comprender que un acto de tanta incidencia sobre derechos constitucionales de los particulares, en primer lugar, deba ser considerado como una excepción al principio de la libre iniciativa económica, de tal manera que en esa línea interpretativa puede afirmarse que la libre competencia es la regla y la reserva la excepción. Pero a los fines de prefigurar esa excepción, o mejor de tornarla operativa, los propios textos constitucionales se encargan de alinderar la potestad que se le confiere al legislador. Así, por ejemplo, en España, la doctrina ha identificado esos límites, que enumeramos a continuación en forma resumida:

a) La reserva debe estar montada sobre la base de la tutela del interés general; de allí que resulte imperativo evaluar la razonabilidad de la medida antes de adoptarla, lo que permitirá determinar el fin que se propone la Administración, así como la factibilidad de las medidas de ordenación o reordenación jurídica de la actividad o recursos que se piensan reservar, en la cual debe jugar un papel importante el tipo de gestión (directa o indirecta) sobre el control que en adelante deberá desarrollar el Estado. Debe tenerse presente que en los países donde el modelo es la economía social de mercado, la reserva, pese a ser una figura excepcional, no constituye una expresión del principio de subsidiariedad del Estado en la vida económica, porque tal principio no rige en ese modelo.

En otras palabras, no se trata de que deba declararse la reserva porque la iniciativa privada es inexistente o insuficiente en el sector, sino porque obedece a la tutela del interés general en el marco de los grandes lineamientos de la política económica y social de cada Estado donde rige el señalado modelo. En todo caso si de lo que se trata es de

determinar a qué principio obedece la reserva en el marco de una economía social de mercado, pensamos que será al de complementariedad, y no al de subsidiariedad.

b) El objeto de la reserva tiene que estar constituido por servicios y recursos esenciales, siendo la esencialidad, como expresamos antes, un concepto jurídico indeterminado, por cuanto encarna un valor estrechamente vinculado a la sociedad, y en ese contexto debe ser apreciado por el legislador atendiendo a circunstancias económicas, sociales, políticas, etc., prevalentes en el momento. Esa apreciación legislativa podría ser susceptible de revisión por el Tribunal Constitucional. De tal manera que ningún servicio, ni ningún recurso que no encuadre en la categoría de "esencial", podrá ser objeto de reserva, razón por la cual la determinación acertada del objeto constituye un límite constitucional de la reserva.

c) El carácter global de la reserva ha sido erigido en límite constitucional, por la doctrina, al postular que la reserva está concebida para afectar a sectores de actividades o de recursos en su perspectiva global, y no en forma singular. En realidad la doctrina europea se refiere más que al sector de actividades, a las empresas, en el caso lógicamente de una reserva sucesiva, que hasta ese momento han prestado servicio en el mismo, cuya transferencia al Estado no puede realizarse en forma particular, es decir, que unas sean expropiadas por el Estado y otras no. ARIÑO (2001), sostiene que dicho límite admite matizaciones, pues el Estado atendiendo al interés público podría decidir en un proceso de reserva de la actividad bancaria, expropiar y nacionalizar únicamente aquellos bancos que tengan volúmenes de depósitos superiores a determinada cantidad que en conjunto alcancen cierta proporción, sin necesidad de nacionalizar a los Bancos cuyo volumen de depósito esté por debajo del indicado.

Estimamos que en realidad, tal como aparece el planteamiento sobre el límite bajo examen, el mismo no está referido a la reserva, sino

más bien a la fase de reordenación jurídica posterior, que sostiene la doctrina española admite muchas modalidades, siendo una de ellas la asunción, en régimen de exclusiva de la gestión, con la consiguiente nacionalización; de allí entonces que metodológicamente resulte incorrecto erigir en límite de la reserva una de las eventuales modalidades que pueden adoptarse en el contexto de su procedimiento; pero de todas maneras a la luz del artículo 128.2. de la CE nos atrevemos a señalar que es válida la tesis sobre el carácter de límite que reviste la globalidad de la reserva, pues resulta bastante difícil imaginarse que de un sector que ha sido calificado como esencial, puedan excluirse algunas actividades del mismo, porque entonces habría que admitir que no existía tal esencialidad.

d) Los derechos fundamentales. Una parte de la doctrina española sostiene que en determinados supuestos los derechos fundamentales, en el concepto restringido manejado en España (reconocidos por la Constitución y susceptibles de ser amparados constitucionalmente), constituyen un límite a la reserva. Así GÓMEZ FERRER (1991), sostiene que sería "el caso de la televisión en el ámbito nacional, regional y local, en relación con la libertad de expresión y de comunicación (artículo 20 de la Constitución) (…) también con la enseñanza y la libertad de enseñanza y de creación de centros docentes que reconoce la Constitución".

Este mismo autor añade que pueden llegar a constituir límites igualmente las libertades reconocidas constitucionalmente, las cuales no pueden ser desvirtuadas por un proceso intensivo y extensivo de declaratorias de reserva de servicios y recursos esenciales, que coloque en franca minusvalía a la señalada libertad. Pensamos que resulta bastante difícil que pudiera configurarse una situación como la señalada por Gómez-Ferrer, puesto que el primer límite intrínseco a la reserva es la esencialidad de los servicios y recursos, lo que revela que con relación a la generalidad de los bienes y servicios, los esenciales siempre representarán una proporción mínima, de tal suerte que resulta muy

improbable que esa relación se altere en sentido contrario, que sería la única manera que la cantidad y bienes y servicios reservados supere a los que puede acceder libremente la iniciativa privada.

Por último, por cuanto concierne a los derechos fundamentales como límites a la reserva, sostiene ARIÑO (2001) "La razón es evidente los derechos y las libertades públicas son el reconocimiento constitucional de unas posibilidades de acción *inherentes a la persona, anteriores al Estado y a la Ley*, que ésta no puede desconocer y de que ninguna ley puede privarles".

e) La reserva de Ley. De conformidad con el texto constitucional, la reserva únicamente puede ser declarada mediante una Ley dictada por el Parlamento, es decir, en términos de la doctrina española, se trata de una reserva de ley absoluta, configurándose de esa manera interdicción para los decretos leyes y los decretos legislativos. Así, por lo demás, fue declarado por el Tribunal Constitucional Español en la sentencia del caso RUMASA. Queda claro entonces el límite bajo examen: únicamente puede ser declarada la reserva mediante una Ley emanada del Parlamento (reserva de ley del Parlamento).

15.3.3.7. **¿Una ley o la ley mecanismo idóneo para declarar la reserva?** Cabe señalar que en ciertas hipótesis constitucionales, la utilización de las expresiones "La ley podrá…" "o "Mediante una ley se podrá …" suele estar precedida por una significativa discusión, cuyo origen al parecer se remonta a la determinación de la metodología para consagrar en las Constituciones la institución de la expropiación por causa de utilidad pública o social: remisión a la ley para que en forma general y abstracta diseñase los supuestos de hecho y los procedimientos para tornar efectiva la expropiación, con la participación en la ejecución de los órganos administrativos competentes, o bien mediante una ley singular para cada expropiación, que daba lugar a las denominadas expropiaciones "ope legis", las cuales se caracterizarían porque tanto los presupuestos de hecho, como los procedimientos podían

variar de una a otra. Finalmente, en aras de preservar el principio de igualdad constitucional, se impuso la primera metodología.

Ahora bien, en el caso de las reservas se planteó el problema de optar o por una Ley que previese en forma general y abstracta todas las hipótesis de reserva, o por una ley singular, que condujera en consecuencia a la sanción de un texto legislativo especial, cada vez que se pretendiera reservar al Estado un sector de actividades o de recursos. Todo indica que se impuso la segunda tesis, pero tal vez en ello influyó básicamente en el marco de un Estado social de derecho al que suele corresponder una economía social de mercado, propio de la mayoría de los países del mundo occidental, la idea de evitar diseñar a la reserva como una figura ordinaria de la cual pueda hacer uso el Ejecutivo aplicando las disposiciones generales y abstractas previstas en la Ley de reservas, sustrayéndole de esa manera su carácter excepcional en una economía social de mercado, en la cual juega un papel protagónico la libre competencia, y ya hemos sostenido que toda reserva en el ámbito económico es una excepción a la libertad de mercado. No está demás señalar que el requerimiento de una ley especial u orgánica, según el correspondiente ordenamiento, para declarar la reserva supone en cada caso un control por parte del Parlamento. Es decir, que la fórmula constitucional mediante una Ley pareciera ajustarse a la naturaleza delicada y compleja de la institución regulada, pues no debe olvidarse que en el caso de que el Estado asuma la gestión, en régimen de exclusiva, deberá expropiar las empresas o los bienes de las empresas que venían realizando la actividad reservada, y es obvio que una ley singular se presta mejor para diseñar esas regulaciones.

Sin embargo, es necesario dejar constancia que algunos autores admiten que aun frente a la fórmula que reviste el precepto constitucional ("mediante una ley") que puede ser "plenamente adecuada a la Constitución la existencia de una Ley general sobre reservas para sectores determinados de recursos y servicios, … obteniendo así un tratamiento uniforme frente a la atomización y disparidad a que

pueden dar lugar las sucesivas leyes singularizadas" (BASSOLS, 1984). Este argumento del citado autor no nos parece nada convincente, pues estando acotada conceptual y constitucionalmente la reserva, son muy pocas las disparidades que pueden surgir de las leyes singulares que se sucedan para cada sector de actividad o recursos. Más aún, la singularidad resulta necesaria, dado el valor ligado a la sociedad y al concepto de "esencialidad", o sencillamente en otros casos, a "conveniencia nacional". Además, precisamente por el carácter excepcional de la reserva, no resulta fácil imaginarse una sucesión frecuente de leyes destinadas a regular esta institución, que mostraran las hipotéticas disparidades; de allí, pues, que pareciera más conveniente seguir la orientación de los constituyentes al exigir una Ley singular para cada declaratoria de reserva.

En el entendido de que las leyes de reserva deben tener un carácter singular, corresponde aludir a su contenido básico: en primer lugar, como es obvio contendrán la declaratoria de reserva de la actividad o recursos correspondientes; en segundo lugar, deberán contener o la ordenación de la actividad jurídica, en el caso de las reservas originarias, o la reordenación en el caso de las reservas sucesivas o derivadas. En ambas hipótesis la Ley deberá pronunciarse sobre la gestión directa o indirecta de la actividad del sector.

Pero si el legislador optare por la gestión directa, en el caso de la reordenación tendrá que hacer las correspondientes precisiones normativas atinentes a la situación jurídica de los operadores económicos que gestionaban el sector hasta el momento de la declaratoria. Así, por ejemplo, si existían concesionarios deberá acordar revocar las concesiones o cualquier contrato que les sirviera de base para la realización de las actividades o explotación de los recursos reservados. En el caso de que hasta ese momento en el sector se estuviese ejerciendo la iniciativa económica privada, y las empresas o los bienes de las empresas mediante las cuales se concretaba esa iniciativa, requieran ser expropiadas, entonces será necesario que la Ley regule las particulari-

dades propias de un proceso que conduce finalmente a una verdadera nacionalización. Desde luego, que tal particularidad cobrará más relevancia en la regulación de la indemnización, formas de determinación, modalidades de pago y plazo para los pagos. Esas particularidades podrán concretarse, por ejemplo, en la derogatoria de los principios que presiden a la indemnización derivada de la expropiación ordinaria, o por causa de utilidad pública o social.

Es claro que dándole ese contenido a la ley que declara la reserva, ella misma se va a convertir en el título que legitima la afectación de los derechos de los particulares, cuando se declaran terminadas las concesiones o cualquier contrato, o cuando se regula la expropiación con las particularidades indicadas, lo que no obsta para que los interesados invoquen la eventual incompatibilidad de ese régimen, con el precepto constitucional que consagra la expropiación por causa de utilidad pública o social, anticulándola a un juicio y al pago oportuno de una justa indemnización.

15.3.3.8. **El control de las leyes de reserva por los Tribunales Constitucionales**. Dos tesis antagónicas ha formulado la doctrina sobre el control mencionado en el epígrafe. Una que niega categóricamente la competencia a los Tribunales Constitucionales para corregir la evaluación realizada por el Parlamento, al considerar determinados servicios y recursos como esenciales, así como que la declaratoria está sustentada en el interés general. En ese sentido ARIÑO (2001) sostiene que se trata de una valoración política, y no de una interpretación jurídica. Admite la intervención del Tribunal sólo en aquellos casos de arbitrariedad manifiesta, o por razones externas a la propia Ley, como por ejemplo, cuando la misma irrespeta los límites concernientes a los derechos fundamentales, o sea violatoria del principio de igualdad.

BASSOLS (1984), sostiene que las leyes de reserva, estableciendo un paralelismo con los actos que son el resultado del ejercicio de potestades discrecionales, están caracterizadas porque son libres en el

“an”, es decir, que los Parlamentos deciden si declaran o no la reserva, y en el “quando”, e igualmente escogen la oportunidad para hacerlo; en cambio están vinculadas en su contenido y en el fin. Añade que deben además compatibilizarse con el modelo económico constitucional, que puede resultar afectado, porque las reservas de suyo constituyen una limitación a la libre iniciativa económica. Pues bien, en ese marco conceptual resulta válido que el Tribunal Constitucional juzgue a la ley, pudiendo valorar la apreciación, a diferencia de lo que sostiene Ariño, realizada por el Parlamento acerca de la esencialidad de los servicios y los recursos, y el interés general que entra en juego en la declaratoria de reserva.

En Italia se ha discutido bastante acerca del tema, y autores como MOTZO Y PIRAS niegan que la Corte Constitucional pueda ejercer el referido control de constitucionalidad, al postular el carácter esencialmente político de las decisiones involucradas en las leyes de reservas, y GIANNINI, por el contrario, sostiene que la Corte Constitucional puede examinar la ley en el mérito, y revisar la calificación de servicios esenciales, así como el interés general preeminente invocado. Muy pronto en la década de los sesenta del siglo pasado, la Corte reivindicó su competencia para conocer la eventual inconstitucionalidad de las leyes de reservas. Esa oportunidad se le presentó cuando le correspondió dictar la sentencia sobre la impugnación de la nacionalización de la industria eléctrica, en la cual reconoció que efectivamente en la sanción de ese tipo de leyes el Parlamento estaba facultado para realizar valoraciones políticas, que en sí mismas no eran susceptibles de ser revisables por la jurisdicción constitucional, pero que ello no significaba de ninguna manera predicar la inimpugnabilidad de los textos legislativos.

En esa línea argumental afirmó que ante una impugnación de ese tipo, correspondía a la Corte Constitucional diferenciar en la ley los elementos constitutivos de valoraciones políticas, de los elementos jurídicos que constituían el objeto del control constitucional. El análisis

de la referida sentencia de 1964 por parte de BASSOLS (1984), le permitió resumir las situaciones que sobre la base de los indicados elementos, darían lugar a la nulidad de la ley de reserva, a saber:

a) Que la ley no responda a los fines de utilidad general, para lo cual es necesario demostrar que "el Parlamento no haya valorado los fines o los medios para alcanzar aquélla, o que esta valoración haya sido hecha por medios ilógicos, arbitrarios o contradictorios, o que estén en contradicción con los presupuestos de hecho, b) que la ley hubiera establecido medios no idóneos, o en contraste con los fines perseguidos, o que los órganos legislativos se hubieran servido de una finalidad diversa de la consecución de la utilidad general".

Lo importante de destacar de la citada jurisprudencia italiana es que rechaza la tesis de excluir del ámbito competencial de la jurisdicción constitucional a las leyes de reservas. Y no podía ser de otra manera porque al fin y al cabo el control de la constitucionalidad es sin duda una expresión de democracia, máxime en estos tiempos que se ha generalizado el recurso de amparo para la tutela de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. Frente a una ley legitimada constitucionalmente para extinguir en el sector reservado las libertades económicas y de empresas, y también en algunos casos, hasta para extinguir el derecho de propiedad parecería un contrasentido postular su inmunidad jurisdiccional; de allí que seamos partidarios de la revisión de esta ley por cualquiera de los medios de control propio de los Tribunales Constitucionales: inconstitucionalidad o recurso de amparo.

15.3.3.9. **Diferencias entre la nacionalización y la reserva**. Vista la estrecha relación que existe entre reserva y nacionalización, al punto que algunos autores suelen plantear una equivalencia entre las dos figuras, conviene concluir este punto enunciando algunas diferencias:

a) La nacionalización es una institución que surge históricamente en el marco de los Programas de los partidos socialistas, con la finalidad

de transformar las estructuras socioeconómicas de un país, en el sentido de socializar los medios de producción. La reserva originalmente prevista en instrumentos de rango legal en sectores específicos, tales como minas, aguas, etc., es después recogida en las Constituciones, con la finalidad de ser una institución de reordenación de la economía en el marco del sistema capitalista.

b) La nacionalización implica por definición una transferencia coactiva de bienes pertenecientes a particulares, a la propiedad del Estado o a la Nación, generalmente con pago de indemnización; la reserva, si bien supone la extinción del derecho de libertad de empresa de los particulares, no implica necesariamente la transferencia de propiedad de los bienes o medios de realización de las actividades reservadas.

c) La nacionalización siempre se basta por sí misma para conseguir su objetivo (transferencia coactiva de bienes al Estado), pues una vez dictado el acto nacionalizador no se requiere para su perfeccionamiento que se realice un procedimiento de expropiación de los indicados bienes, lo que desde luego, no significa que no exista indemnización, pero ésta aparece comprendida en el acto de nacionalización; la reserva desde el punto de vista teórico, siempre requiere un acto complementario de ordenación jurídica, en el caso de la originaria, o de reordenación jurídica, en el caso de la sucesiva, del sector reservado.

d) La nacionalización por definición implica la gestión directa por el Estado de los recursos, industrias o servicios nacionalizados, y por ende, la exclusión total de los particulares por cualquier vía de ese ámbito material; la reserva puede dar lugar a la gestión indirecta de las actividades reservadas, acudiendo para ello a la concesión, al concierto, al arrendamiento, etc., y por ende a la participación de los particulares en la referida gestión.

e) Dada la carga ideológica y política que acompaña a la nacionalización, pareciera que a los fines de su procedencia, los

derechos fundamentales no pueden ser erigidos como límites frente a ella; en cambio, la reserva sí admite dicho límite.

f) Pese a las diferencias señaladas, la experiencia histórica demuestra que existe una relación estrecha entre reserva y nacionalización, en virtud de que suele ocurrir que una vez declarada la reserva sucesiva o derivada, la medida de reorientación jurídica del sector que se impone es la nacionalización, pues se procede a expropiar a las empresas o los bienes, lo que permite que el Estado gestione, en régimen de exclusiva, la actividad reservada.

15.4. **Las empresas públicas**.

15.4.1. **Premisa introductoria (breve perfil histórico)**. Cabe recordar que la Administración Pública, dependiendo de los términos de la denominada "Constitución económica" puede producir bienes y servicios y participar en su intercambio de manera directa o indirecta. Por supuesto que para realizar esa actividad de gestión económica requiere de una organización, que como lo veremos más adelante, puede estar constituida por la propia Administración, por un ente público o por un ente de derecho privado. La doctrina en la búsqueda de una noción tendencialmente unitaria que abarcase esos modelos organizativos recurrió a la expresión "**empresa pública"**, y en tal sentido afirma DE LAUBADERE (1976), que la misma no había sido empleada antes de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y añade que en Francia es utilizada por primera vez en 1946 en el proceso de empadronamiento del sector público industrial ordenado por el entonces Ministro de las Finanzas, Robert Schuman. SANTAMARÍA (1991) coincide con el citado autor francés, por lo menos en lo que respecta a la modalidad más emblemática de las empresas públicas: Las sociedades por acciones estatales, al afirmar que el uso de las técnicas societarias de personificación es una de las aportaciones que el siglo XX hace al ordenamiento administrativo.

Como siempre, a los fines de trazar un breve perfil histórico sobre el tema bajo examen, hemos tomado como modelo a Europa continental, no obstante, debemos precisar que pese a que la empresa pública constituye el instrumento para que los Poderes Públicos se convierten en empresarios, en tanto en cuanto se dedican a producir bienes y servicios para el mercado (dación al mercado), en realidad no es posible unificar el concepto en torno a sus fines, dado que con este instrumento de intervención directa en la economía, el Estado, señala VILLAR EZCURRA (1999), puede perseguir entre otras finalidades la obtención de ingresos o rentas, la gestión de un servicio público, y regular o corregir las tendencias del mercado. De allí, que el perfil histórico señalado, jugará un papel relevante, desde luego, en cada país, cuando se pretendan examinar los elementos que conduzcan a una aproximación conceptual a las empresas públicas.

En esa línea argumental cabe advertir que existe un nexo histórico que hasta podría llegar a ser causal entre la consolidación constitucional del Estado social de derecho y las empresas públicas, pues si bien es cierto que en algunos países de Europa van a surgir especies de empresas públicas después de la gran crisis de los años treinta, no es sino hasta después de la Segunda Guerra Mundial, cuando la mayoría de los Estados van a comenzar a utilizar en forma casi masiva a las empresas públicas como instrumentos vinculados a la consecución del interés general, que es la época en que se inicia la consagración efectiva del Estado social de derecho en las Constituciones de la mayoría de esas naciones. Es en ese contexto donde se dan los procesos de nacionalizaciones en Francia y Gran Bretaña, y en Italia y España se va a consolidar un fuerte sector público económico, que conduce inclusive a la creación de los denominados entes de gestión (ENI e IRI, en Italia e INI en España). Lo cierto es que en Europa, hasta la década de los ochenta del siglo XX, el sector público de la economía resultaba muy importante, tanto desde el punto de vista cuantitativo, como cualitativo, y en términos generales, se puede afirmar, que superaba al sector privado.

La conformación de ese sector público de la economía, como es posible imaginarse, se había realizado acudiendo al instrumento de las empresas públicas, bajo sus diversas modalidades. Sin embargo, es necesario destacar que a partir de los primeros años de la señalada década, con excepción de Francia, país en el cual bajo la presidencia de Miterrand en 1982, se recurre a nuevas nacionalizaciones, se asiste a un debilitamiento acelerado del aludido sector, debido a la prevalencia de las tesis sobre privatización y liberalización de la economía, de tal manera que las empresas públicas pierden casi toda su importancia como instrumentos de intervención directa del Estado en la economía, incluyendo a Francia, a raíz de que en los años 1986 y 1993 son sancionadas sendas leyes de privatización que tienden a revertir el proceso de nacionalización iniciado en 1945 y complementado en 1982, suprimiendo mediante el mecanismo de la privatización una importante cantidad de empresas públicas.

Era y es obvio que un instrumento tan importante como las empresas públicas para que la Administración Pública lograse y logre la tutela de los intereses públicos que le asigna la Ley, requería ser juridificado, pero es igualmente cierto que ese proceso de juridificación supone que cada ordenamiento establece sus regulaciones para que respondan a las particularidades y al contexto socio histórico de cada uno de ellos. Sin embargo, ello no obsta, como ocurre con cualquier institución jurídica, para postular la posibilidad de recabar lineamientos tendenciales comunes que configuren doctrinaria y conceptualmente a las empresas públicas, que son precisamente los que intentaremos examinar en este punto.

Para comenzar con esa tarea, y terminar de delinear sucintamente el perfil histórico de las empresas públicas, resulta conveniente hacer notar que en todos esos países se ha acudido a formas jurídicas que resultan estructuralmente muy semejantes. Así en Francia la empresa pública ha sido constituida como empresa-ente público (establecimientos públicos comerciales e industriales) y empresa-sociedad (socieda-

des estatales); en Italia empresa-órgano (Haciendas autónomas sin personalidad jurídica), empresa-ente público económico (ente público operativo y ente público de gestión), y empresas en forma privada (sociedades anónimas); y en España empresa-ente público (Entidades públicas empresariales), y empresas en forma privada (sociedades estatales). Queda claro entonces la tendencia a constituir las empresas públicas como entes públicos y como entes privados, e inclusive, como en el caso de Italia, como órganos de la Administración Pública, de tal manera que en esta última hipótesis la empresa dejaría de ser propiedad de la Administración, para convertirse en parte integrante de la propia Administración.

15.4.2. **La noción de empresa pública**. Por las razones antes expuestas resulta difícil predicar la existencia de una noción unívoca de empresa pública, no obstante existen dos variables que siempre van a estar presentes en cualquier país que acuda a este instrumento para intervenir directamente en la economía, a saber: **la personificación**, diferente del Estado, con excepción de Italia, país en el que en una época se admitía la figura del órgano de la Administración Estatal ("azienda autonoma senza personalitá giuridica"), y el **control** ejercido por parte del Estado o de cualquier ente público. En cambio, son elementos que también tendencialmente están presentes, pero que aún generan discusión, el carácter económico de su objeto (producción de bienes y servicios), y el interés general, es decir, la prevalencia de uno u otro, o la existencia o inexistencia de relación funcional entre uno y otro. Finalmente, otro elemento sobre el cual no se discute es el régimen jurídico mixto que las preside, pero quizás sea el más susceptible de variación, dado que cada ordenamiento puede imprimirle las particularidades que considere más convenientes al respectivo contexto socio histórico en que se crean o modifican las empresas públicas.

Atendiendo a las anteriores variables es posible ensayar una definición en los siguientes términos: Las empresas públicas son organizaciones creadas por el Estado, conforme a las previsiones constitucio-

nales o legales, para intervenir directamente en la economía, mediante la producción y distribución de bienes y servicios, respetando las reglas de competencia del mercado, o excepcionalmente monopolizando determinada actividad económica, sujetas a un régimen jurídico mixto, en el cual prima el derecho privado, así como el control estatal.

15.4.3. **Análisis de las variables utilizadas en la definición de empresa pública**.

15.4.3.1. **La personificación.**

15.4.3.1.1. **Las empresas públicas ¿Administraciones públicas o propiedades de la Administración?**. El título del acápite asoma un problema que ha sido muy discutido por la doctrina, pues una parte de la misma sostiene que cuando el Estado decide crear entes descentralizados funcionalmente para optimizar el logro de sus cometidos, especialmente los de carácter público, también cuando acude a esa misma técnica y decide crear las empresas públicas para intervenir directamente en la economía, tanto los entes públicos como las empresas deben considerarse como integrantes de la Administración Pública, o sea, que tanto institutos autónomos, como sociedades anónimas del Estado, son Administraciones públicas. Otro sector de la doctrina, por el contrario, sostiene que cuando el Estado opta por crear empresas públicas con la finalidad antes indicada, bien con personificación pública o privada, esas empresas en lugar de formar parte de la Administración, pasan a ser **propiedades de la Administración**.

Es preciso señalar que este problema se plantea esencialmente con el modelo de empresa pública en forma de sociedad anónima, regida preeminentemente por el derecho privado, porque el modelo de empresa ente público, pese a que sustantivamente podría considerarse como parte de dicho problema, su naturaleza pública se convierte en una poderosa razón para excluirlo del mismo. En tal sentido debe reseñarse que en España la discusión sigue abierta, y algunos autores la

califican como inútil, porque en todo caso el problema que llegan a calificar de inexistente, no afectaría para nada el régimen de las empresas públicas, y en realidad sería más bien un problema que se presentaría al momento de abordar la estructura organizativa de la Administración Pública. Otros autores insisten en el replanteamiento del asunto a la luz de los efectos del proceso de privatización que condujo prácticamente a la desaparición del sector público industrial de la economía, quedando las empresas públicas, en su gran mayoría relegadas a actuar en el ámbito de los servicios públicos, o de las actividades de claro interés público. Es así como afirman que perfectamente, por ejemplo, puede reputarse como Administración Pública, debido a la naturaleza de la actividad que realiza, a la Fábrica Nacional de la Moneda y Timbre (SANTAMARÍA, 1999). De modo, pues, que conforme a esta última opinión no debería desestimarse la posibilidad de considerar a las empresas públicas, como Administraciones Públicas, según su ámbito de actuación, pudiendo dársele esa calificación si gestionan servicios públicos, o actividades de claro interés público, luego, debe inferirse que no podrán recibir esa calificación aquellas que actúen en otros ámbitos materiales, las cuales entonces deberán ser consideradas como "propiedades" de la Administración Pública, de tal suerte que se trata de una tesis ecléctica, en virtud de que admite que en algunos casos la empresa pública pueda ser conceptuada como Administración pública, y en otros como "propiedad" de la Administración.

En todo caso, observamos que no se trata de una polémica totalmente académica o inútil, pues su relevancia está muy relacionada con la existencia o no de un estatuto de la empresa pública, que clarifique el asunto, porque de lo contrario habrá que acudir a las leyes que regulan la estructura organizativa de la Administración Pública. Lo que sí resulta innegable es que el asunto debe ser zanjado por el Derecho positivo.

15.4.3.2. **Los modelos organizativos**. Independientemente de la solución que se llegue con relación al problema esbozado en el

acápite anterior, lo que sí resulta incuestionable es que para poder predicar la existencia de una empresa pública, se requiere necesariamente dotar a un ente inmaterial de subjetividad. Normalmente ello ocurre acudiendo a la técnica de conferirle personalidad jurídica distinta de la del Estado, pero eventualmente en el marco de la teoría de las figuras subjetivas de la doctrina italiana, también es posible dotar de una especial subjetividad a órganos de la Administración Pública a los fines de convertirlos en empresas públicas.

15.4.3.2.1. **La empresa pública-órgano**. En realidad este modelo, ubicado posteriormente por la doctrina en el concepto de empresa pública, nace en Italia en los primeros años del Siglo XX, cuando se crean "La Azienda autonoma delle Ferrovie dello Stato en 1904 y la Azienda autonoma delle Poste e delle Telecomunicazione" en 1925. Posteriormente es creado otro conjunto de "aziende", todas las cuales van a ser transformadas a partir de la década de los noventa en entes públicos económicos o en sociedades anónimas. Por consiguiente, este modelo resulta actualmente inexistente en Italia, y precisamente su eliminación además de obedecer al proceso de liberalización y privatización de la economía que se inició en toda Europa en la indicada década, encontró su justificación en la crisis de funcionamiento que presentaba, derivada de la ostensible incongruencia que se originaba entre las directivas político administrativas emanadas del jerarca administrativo, y la autonomía que debía detentar la empresa para llevar a cabo su actividad económica. Cabe señalar como cosa curiosa, que en la década que en Italia se suprimía este modelo, en Venezuela de hecho, se adoptaba bajo la denominación de "servicios autónomos sin personalidad jurídica", tanto para atender cometidos estrictamente administrativos, como para intervenir pocas veces en la economía.

Cabe caracterizar al modelo de las "aziende autonome" italianas como un órgano del Estado o de un ente público, que tiene autonomía de gestión, pero limitada por las directivas que emanan del correspondiente jerarca administrativo, el cual generalmente preside la organiza-

ción (Ministro). Tiene patrimonio propio y autonomía contable, y desde luego, un presupuesto distinto del ente del cual forma parte. Está sujeto a las reglas de contratación pública, y al control posterior de la Corte de Cuentas. Reiteramos que este es un modelo en extinción, pues a nivel nacional no existe ninguna "azienda autonoma"; en cambio, a nivel local en ese país todavía se sigue utilizando, en algunos casos, confiriéndole personalidad jurídica, hipótesis en la cual en el marco del ordenamiento italiano debe considerarse más bien como un ente público económico.

15.4.3.2.2. **Empresa-ente público económico**. Así se denomina en Italia, y la personificación conduce a que un ente público creado mediante Ley, actúe como empresario, es decir, como productor y distribuidor de bienes y de servicios en el mercado. En Francia el modelo recibe la denominación de Establecimiento público industrial y comercial, y en España Entidades públicas empresariales. Ahora bien, en Italia este modelo admite dos especies, empresas-entes públicos operativos y empresas-entes públicos de gestión. Los primeros son creados para realizar la actividad económica asignada a la empresa, esto es, la producción de bienes y servicios destinados al mercado; por tanto, son los responsables de la gestión empresarial; en cambio, los segundos son creados con la finalidad de coordinar la gestión de un grupo de sociedades. Hay que destacar que este tipo de empresas-entes públicos en realidad acometen una labor de "holding", con la particularidad de que en Italia el conjunto de empresas, cuya gestión se coordina o dirige, está constituido por sociedades por acciones, las cuales desde luego, tienen un carácter operativo, y no como pudiera parecer a primera vista por empresas entes públicos de gestión.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia italiana coinciden en que la actividad de estas empresas-entes públicos está disciplinada por el Derecho privado, razón por la cual se aplica a sus relaciones laborales, a la autonomía contractual, al régimen de sus bienes, a la contabilidad, a las relaciones con los terceros, etc. La cuestión atinente a la responsabilidad de los administradores ha resultado

objeto de controversias, puesto que la Corte de Cuenta reivindica su competencia en esa materia, y la Corte de Casación, limita dicha competencia a aquellos actos generadores de responsabilidad que exceden la estricta actividad empresarial, y pueden encuadrarse en el ejercicio de potestades administrativas.

Por supuesto, que las relaciones entre este modelo de empresas públicas y la Administración Pública deben estar regidas por el Derecho Público, las cuales se traducen en potestades de coordinación y de emanación de directivas por parte del órgano que ejerce el control de tutela. Igualmente son de derecho público las relaciones que se establecen entre estos entes y la Corte de Cuenta, cuando le corresponde ejercer el denominado control externo.

Por cuanto son creados como entes públicos, esa creación únicamente puede operar por Ley o por acto con fuerza de ley, y en esa oportunidad debe delinearse su régimen jurídico particular: grado de autonomía, fines de la actividad, organización y competencia para designar a los titulares de los órganos, fuentes de financiamiento, etc. Queda por señalar que en lo atinente a la designación, alguna parte de la doctrina puntualiza que no existe una relación de confianza entre los máximos titulares del ente y el gobierno, razón por la cual éste carecería de poder para revocarles el mandato.

En España el modelo bajo examen, como se expresó antes, recibe la denominación de "entidades públicas empresariales", siendo definidas en el artículo 53 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado (LOFAGE), como organismos públicos (el género) a los que se "encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación". Añade que se rigen por el **Derecho privado**, excepto "en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria".

Quizás la diferencia notable con las empresas-entes públicos de Italia, radique en el cometido que les asigna la Ley, pues tal como se colige del citado artículo 53, si bien están autorizadas para gestionar servicios y producir bienes, susceptibles de contraprestación, esos bienes y servicios deben necesariamente ser de **interés público**, lo que sin dudas limita el ámbito de las actividades económicas de las aludidas entidades públicas empresariales.

En Francia, sostiene CHAPUS (2001), a diferencia de lo que ocurre con los entes públicos económicos italianos, continúan utilizándose, sobre la base de que ellos están sometidos en sus actividades a un régimen de Derecho privado, lo que les permite obviamente sustraer su gestión del Derecho Público, en virtud de que ha prevalecido la tendencia relativa a que las tareas de interés general son realizadas más eficazmente mediante módulos de la aludida rama del Derecho. Por otro lado, la doctrina ha sostenido que son establecimientos con "dos caras", en tanto en cuanto su naturaleza no excluye que puedan realizar actividades diferentes (públicas y privadas), citando como ejemplo el caso de las Cámaras de Industria y Comercio.

Por otra parte, afirma DE LAUBADERE (1976), que el financiamiento de los mismos debe tener su origen en el pago que hacen los usuarios a título de remuneración de los servicios, y reitera que su régimen jurídico está disciplinado por el Derecho privado, razón por la cual quedan sustraídos de la competencia de los tribunales que integran la jurisdicción contencioso administrativa, pero de todas maneras precisamente por tener carácter público, no escapan a ciertas reglas de Derecho público, como las relativas al carácter de contratos administrativos que pueden revestir los que suscriben con los terceros, si contienen cláusulas exorbitantes, caso en el cual los litigios que se susciten sobre los mismos deberán ser conocidos por los tribunales contencioso administrativos; al personal de dirección, que no está regulado por el Derecho laboral, a diferencia del resto de sus trabajadores, y al respeto a ciertos principios que presiden la prestación de servicios públicos, como el de igualdad de los usuarios.

Pues bien, los establecimientos públicos industriales y comerciales, en virtud de que son una derivación de los establecimientos públicos clásicos, creados para atender a un servicio público, pese a que pueden ser conceptuados como empresas públicas, todavía están bastante influenciados por su origen, y tal vez la nota característica atinente a la producción y distribución de bienes y servicios, pese al indicado régimen de derecho privado, pueda estar, en algunos casos, atenuada por la idea de que al fin y al cabo lo que se presta es un servicio de interés general.

15.4.3.2.3. **Empresa sociedad mercantil**. Este modelo obedece a la decisión de la Administración de constituir un ente societario privado, generalmente una sociedad anónima, o también adquirir las acciones de una empresa privada ya constituida, para intervenir directamente en la economía mediante la producción y distribución de bienes y servicios. El carácter de empresa pública, o mejor dicho la publicidad de este modelo no proviene del ente mismo, que hemos dicho es privado, sino del ente que lo controla mediante el porcentaje de acciones que posee; de allí pues, que la participación accionaria se convierta en este modelo en la variable fundamental, para calificar a una empresa como pública, calificación esta que recibirá en casi todos los ordenamientos, sólo si el Estado o cualquier ente público detenta la totalidad o la mayoría de las acciones, y por el contrario habrá que negarle esa calificación si poseen una minoría de acciones. En este punto es necesario subrayar que de manera excepcional, atendiendo a particulares condiciones de un ordenamiento, la posesión de un número reducido de acciones puede dar lugar a que el Estado ejerza el control de la empresa, en la cual participa en la forma antes indicada.

Ha de advertirse que el origen de la empresa pública con forma de sociedad anónima es diverso, sobre todo en los países europeos después de iniciados los procesos de liberalización y privatización. En efecto, desde siempre en su constitución usual u ordinaria han privado las reglas del Derecho Mercantil, esto es, el registro ante la Oficina

competente del Acta Constitutiva y de los Estatutos, acto que le confiere personalidad jurídica. También puede ocurrir mediante la transformación de un ente público económico en una sociedad mercantil, e inclusive esa transformación puede pasar por la conversión, mediante Ley del órgano-empresa pública (azienda autonoma, en Italia) a ente público económico, para después transformarlo en ente público en forma de sociedad comercial, pero igualmente puede ocurrir que opere la transformación directa de órgano-empresa pública, a sociedad mercantil. Por supuesto, que en todos esos casos, el Estado debe detentar un paquete accionario que le confiera la mayoría en la sociedad.

Pero también las empresas públicas-sociedades mercantiles pueden tener su origen en los procesos de nacionalización, el último de los cuales se produjo en Europa en Francia en 1982, pudiendo en esos casos el Estado pasar a ser propietario de la sociedad privada, o expropiar solamente los bienes de la sociedad o sociedades privadas y crear una nueva sociedad. Igualmente esta modalidad de empresa pública puede tener su origen en un acto del Estado que lo conduzca a ser propietario de una sociedad mercantil en caso de quiebra, si la cesación de ésta, puede afectar la seguridad, o un servicio público indispensable, o sencillamente para proteger el empleo de un significativo número de trabajadores.

Cualquiera que sea el origen de la empresa pública constituida bajo la forma de sociedad de Derecho privado, lo importante de destacar es que a diferencia de lo que ocurre con los anteriores modelos, su funcionamiento, así como sus actividades aparecen disciplinados preeminentemente por el Derecho privado, quedando un reducido núcleo, como lo veremos más adelante, relacionado básicamente con el control que ejerce el ente público sobre la sociedad, regulado por el Derecho Público. Dejamos constancia que este lineamiento general es válido actualmente en la mayoría de los países europeos, y surge como consecuencia de la liberalización de los grandes servicios

públicos, y la vigencia de las directivas comunitarias destinadas a privilegiar el libre mercado. Como veremos en su oportunidad, esa exclusión casi absoluta del Estado de las empresas públicas constituidas bajo la forma de sociedades anónimas, no rige totalmente en Venezuela.

Por otra parte, debemos señalar que al lado de la personificación clásica de la empresa pública siguiendo las pautas del Código de Comercio, o Civil, en el caso de Italia, así como las consecuencias de la misma, encontramos en el Derecho positivo las denominadas empresas-sociedades privadas especiales, cuya particularidad radica en su alejamiento de los señalados parámetros del Derecho privado. Así, por ejemplo, reviste carácter especial la empresa pública que resulta de un proceso de nacionalización, o de una declaración de reserva originaria, porque en términos generales la totalidad de las acciones suelen estar en poder del Estado, y casi siempre con la prohibición normativa de la circulación de dichas acciones. En estos casos la situación del Estado resulta privilegiada, en virtud de que tiende a configurarse un modelo mixto en Italia, según explica LACAVA (2000) de Derecho privado en lo atinente al aspecto organizativo, y de Derecho público en lo tocante a la actividad (téngase en cuenta la configuración del monopolio "ope legis" y la prohibición de enajenación de las acciones).

Este tipo de empresas públicas configuradas con un modelo de sociedad por acciones regidas por reglas especiales, tendientes a atenuar el régimen de Derecho privado que debe aplicarse a las clásicas sociedades anónimas de participación pública, sin dudas constituye un serio atentado contra el principio de la libre competencia, y tiende a desaparecer en aquellos países donde dicho régimen está funcionando, y también como consecuencia de las disposiciones del Derecho Comunitario en Europa.

Otro tipo de modelo de empresa pública-sociedad anónima está constituido por las sociedades anónimas de Derecho Público. Esta figura ha dado lugar a múltiples discusiones con la finalidad de dilucidar

su naturaleza. Así en Italia y en muchos otros países fue la situación que se presentó con los denominados Bancos Centrales. Cabe advertir que este tipo particular de empresas públicas son creadas asignándole el ejercicio de inequívocas funciones administrativas que le son conferidas expresamente mediante Ley, razón por la cual suele ocurrir que sean derogados muchos principios básicos de Derecho Privado que rigen la constitución y funcionamiento de las sociedades anónimas. Así por ejemplo, su creación no obedece a la autonomía de la voluntad, sino a la voluntad de los legisladores. Así mismo la Ley determina todo lo concerniente a la designación de sus administradores, y a su objeto social. De todas maneras en todos aquellos aspectos no derogados legalmente, rigen las disposiciones pertinentes del Derecho privado.

En torno a la discusión acerca de la naturaleza pública o privada de este tipo de empresas públicas-sociedades anónimas, LACAVA (2000), participa en la misma emitiendo un criterio bastante esclarecedor. En efecto, sostiene el citado autor italiano que "… en presencia de un acto legislativo que crea una sociedad, fijando la denominación, el fin y la necesaria pertenencia a un sujeto público, en virtud de detentar una cuota al menos mayoritaria de capital, se debe concluir que se trata de un ente público, porque en ese caso la existencia y el destino funcional de la figura subjetiva es predeterminado normativamente y resulta indisponible para la voluntad de sus propios órganos deliberantes".

15.4.3.3. **La personificación**:¿ **un elemento esencial o accidental de la empresa pública?**. En los acápites anteriores hemos examinado a la personificación como uno de los elementos básicos para llegar a una noción de empresa pública, incluyendo el análisis sucinto de los modelos que puede adoptar dicha personificación. Pues bien, un sector de la doctrina plantea categóricamente que esa variable tiene un carácter meramente **accidental** en el marco teórico de la empresa pública. Concretamente LAGUNA PAZ (1994) sostiene al respecto que "La polémica en este ámbito ha quedado superada por los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea,

que en su sentencia del 16 de junio de 1987 vino a negar relevancia al dato de la personalidad jurídica a efectos de la definición de empresa pública. La personalidad jurídica –que normalmente acompaña a la empresa pública– es un elemento accidental, de carácter meramente instrumental. Se trata de una simple decisión organizativa que no altera la sustancia de la intervención pública".

En nuestro criterio es posible que esa sea la tesis predominante en España, pero disentimos de la misma en atención a que consideramos que sin el dato de la independencia jurídica de la empresa pública, entonces habría necesariamente que discutir la posibilidad de suprimir ese concepto del mundo jurídico, porque al fin y al cabo si la Administración va actuar con un órgano, que por definición integra a la persona jurídica del Estado, por muy especializado que pueda resultar tanto en lo atinente a su objeto, como en la realización de su gestión, de todas maneras quien estará actuando será el Estado. Y aceptar esta conclusión irrebatible a la luz de elementales principios jurídicos, es desnaturalizar el concepto de empresa pública, porque por mucha autonomía funcional que se le confiera a un órgano, siempre estará encuadrado organizativamente en la estructura de la personalidad jurídica estatal, e igualmente siempre estará sujeto al control jerárquico, por muy atenuado que éste sea, produciéndose de esa manera la gran contradicción que en la década de los noventa se observó en las denominadas "aziende autonome senza personalitá giuridica" italianas, entre los lineamientos políticos administrativos (directivas) emanados del jerarca, y los lineamientos de gestión económica diseñados por los directivos del órgano-empresa pública. No hay que olvidar que esa fue la razón que finalmente privó para la supresión de esas "aziende", la primera de las cuales había sido creada en los primeros años del siglo XX.

Quizás en Europa era Italia el único país que utilizaba, tal vez más por tradición que por convicción jurídica, ese modelo organizativo que a la postre fue conceptuado doctrinariamente como empresa

pública, pero una vez desaparecido el mismo, quedaría por preguntarse cómo sería posible referirse a una empresa pública sin tener en cuenta su personificación. Por otro lado, el análisis de los fragmentos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la entonces Comunidad Económica Europea de 1987, que tenemos a nuestra disposición, revela la relatividad de la declaración contenida en dicho fallo, pues la misma aparece vinculada esencialmente en una relación causa efecto, a la Directiva Comunitaria sobre la transparencia que debe regir en materia de ayuda por parte de los gobiernos a las empresas públicas, a los fines de evitar la distorsión de la libre competencia. Y en ese contexto, y con esa finalidad, resulta válido que en una sentencia se considere la irrelevancia de la personificación para caracterizar a las empresas públicas, porque sólo de esa manera es posible evitar que los países acudan a las ayudas o subvenciones a órganos de la propia Administración que actúen directamente en la economía, produciendo bienes y servicios, a los fines de garantizar la plena vigencia de la aludida Directiva sobre la transparencia, la cual resulta vital para asegurar el respeto al principio de la libre competencia.

En otros términos, para esa sentencia que buscaba el cumplimiento de referido principio de transparencia, la carencia de personificación a los fines de identificar una empresa pública resultaba irrelevante, pero desde luego extrapolarla desde el punto de vista sustantivo para cada uno de los ordenamientos de los países miembros de la Unión constituye un grave error, e inclusive un desconocimiento de ordenamientos como los de Francia, Italia y de la misma España, en los que como señalamos antes, todas las empresas públicas deben ser personificadas, porque así lo establecen los correspondientes instrumentos normativos.

Por último, ni que decir de la consecuencia de no exigir personificación a las empresas públicas, pues ello conduciría indudablemente a su paralización, pues sin personificación no hay contratos, ni hay gestión, ni hay actuación ante órganos administrativos o jurisdiccionales, salvo que se pretenda –negado por los hechos y la historia– que los

órganos del Estado actúen como empresas públicas, pues sencillamente estaría actuando el Estado mismo u otro ente público. No queda mas, en nuestro criterio, que rechazar la tesis que considera como un elemento accidental de las empresas públicas, a la personificación.

15.4.4. **El Control**.

15.4.4.1. **El Control como elemento clave en el concepto de empresa pública en forma de sociedad por acciones**. Reiteramos que la doctrina eleva a dos el número de elementos básicos a los fines de la construcción del concepto de empresa pública, la personificación, examinada anteriormente, y el control que ejerce el Estado sobre la misma. Para iniciar el estudio de este elemento es necesario precisar que el mismo pese a ser una variable común a todas las formas de personificación de la empresa pública (empresas-órganos, empresas-entes públicos y empresas-sociedadades anónimas), cobra importancia capital en la última modalidad mencionada, pues el control se torna natural, siendo siempre de derecho público, en los casos de la empresa-órgano, y empresa-ente público. En efecto, en la primera hipótesis se tratará de un **control jerárquico**, que puede ser más o menos atenuado, y en la segunda, de un control de tutela, que como sabe es aquel que se configura entre un ente de la Administración Central, generalmente el Estado o la República, en términos de Venezuela, y un ente público descentralizado funcionalmente.

Las indicadas modalidades de control jerárquico o de tutela ejercidas por el superior jerárquico o por el órgano del ente de adscripción respectivamente, pueden perfectamente, de conformidad con los respectivos ordenamientos jurídicos, desagregarse en presupuestario, técnico, financiero, de gestión, etc. Será a esos ordenamientos a los que habrá que acudir para determinar las referidas modulaciones, así como sus particularidades. Insistimos que el control jerárquico y el control de tutela son connaturales a las formas de personificación antes señaladas.

Sin embargo, el control se convierte en un elemento determinante en la construcción del concepto de empresa pública, cuando ésta adopta la personificación de una sociedad por acciones, creada conforme a las reglas del Derecho Mercantil, ya que en ese caso cada ordenamiento deberá establecer mecanismos de controles estatales específicos, que desde luego podrían eventualmente ser englobados, al igual que ocurre con el control jerárquico, y con el control de tutela, bajo la denominación de "control accionarial", siguiendo fielmente los parámetros del Derecho privado. En el caso de las empresas públicas, siempre constituidas como sociedades por acciones, pero sujetas a regímenes especiales, a las que nos referimos en el acápite anterior, en aquellos países donde existan, seguramente los ordenamientos diseñarán mecanismos especiales de control, para cuyo conocimiento será necesario estudiar a cada una de estas empresas públicas.

15.4.4.2. **La participación patrimonial y el control**. Sobre la base de los razonamientos anteriores no cabe duda que el control estatal deviene en un elemento relevante en la conceptuación de la empresa pública en forma de sociedad por acciones, pero la misma tipología de dicha personificación impone que previamente deba dilucidarse el rol que juega la participación patrimonial del Estado en dichas empresas, y en ese sentido pensamos que aun en el marco de un Estado Social de derecho, debe predicarse, en principio, una relación de causalidad entre la participación patrimonial o propiedad de las acciones y control, de tal manera que sólo si el Estado o cualquier otro ente público es propietario de una empresa, o la participación pública en la misma es mayoritaria, podrán controlarla en los términos previstos en la Ley o en los Estatutos.

Cabe destacar que en casi todos los ordenamientos europeos y en general de todo el mundo occidental existe una tendencia mayoritaria a valorar la variable participación patrimonial, vinculándola a la posesión de las acciones, bien referida a la totalidad de su capital social, o en un porcentaje significativo casi siempre superior al cincuenta por ciento, a

los fines de calificar como pública una empresa, de tal manera que recibirá esa calificación toda aquella en que el Estado o cualquier ente público posea la totalidad del capital social, o un porcentaje superior al cincuenta por ciento del mismo.

Unicamente cuando es posible determinar la participación pública del Estado o de cualquier ente público, como propietario de la totalidad de las acciones, o de un porcentaje superior al cincuenta por ciento de ellas, en una empresa, es posible predicar el derecho del Estado o del ente a ejercer el control sobre dicha empresa. Por consiguiente, reiteramos la indicada relación de causalidad, en la cual la causa es la participación patrimonial en la proporción señalada y el efecto el control, lo que en la práctica conduce a sostener que en el caso de las empresas públicas constituidas en forma de sociedad por acciones, debe conceptuarse que la participación patrimonial pública en el porcentaje indicado resulta un elemento esencial de su marco conceptual, en virtud de que sin la misma, en principio, no es posible predicar la existencia de una empresa pública en forma de sociedad anónima, y por ende, tampoco podrá predicarse el ejercicio de actividades de control sobre la misma, por parte del Estado o del ente público que corresponda.

No obstante, es necesario admitir que la anterior relación de causalidad admite excepciones, en virtud de que el Estado puede ejercer determinados controles sobre ciertas empresas en las que no posea el porcentaje de acciones antes indicado. Esa situación puede ocurrir en algunos países, siempre por disposición normativa, además de manera excepcional, en los cuales por razones de interés público relacionadas con la seguridad de la nación, estratégicas, desde el punto de vista económico, etc., se confiere un control privilegiado sólo en determinadas clases de decisiones al Estado. Inclusive en este marco conceptual se suele hablar de “acciones doradas”, como lo expondremos más adelante, o sea, que mediante la posesión de una sola acción, por ejemplo, el Estado puede ejercer el control sobre algunos actos de la empresa.

En suma, la participación patrimonial mayoritaria pública, de manera directa e indirecta, constituye un elemento esencial de la empresa pública constituida como sociedad por acciones o sociedad anónima, pero a la vez ese elemento aparece erigido como la condición necesaria para que el Estado o el ente público que corresponda pueda ejercer control sobre ese tipo de empresas. Por consiguiente, ese control no podrá ser ejercido sobre empresas en las cuales el Estado o los entes públicos no tengan participación mayoritaria en el porcentaje indicado en el capital social de las mismas, razón por la cual tampoco podrán ser calificadas de públicas. Sin embargo, excepcionalmente, como indicamos antes, el Estado puede detentar el control sobre ciertas decisiones de empresas en las cuales no posea la señalada participación, lo que conduce a interrogarse acerca del carácter público o privado de esas empresas.

Pensamos que en definitiva será cada ordenamiento jurídico el que servirá para responder esa interrogante, de tal manera que si un ordenamiento, a pesar de que el Estado no tiene esa mayoría pero está facultado para ejercer el mencionado control, y además define a la empresa como pública, en principio no habrá más que aceptar esa calificación a los efectos legales que correspondan. Pero en la hipótesis de que pese a estar previsto el señalado control, el ordenamiento no califica a la empresa como pública, que es lo que ocurre en la mayoría de los casos, estimamos que únicamente esa potestad no la convierte en pública, en virtud de que, generalmente dicho control está limitado a muy pocas decisiones, quedando en manos de los accionistas mayoritarios casi totalmente el giro de la empresa. O sea, que existe poca equivalencia entre ese control excepcional y el control consagrado en el ámbito mercantil, derivado de la posesión de la mayoría del paquete accionario.

En otros términos, se trata de una anómala intervención del Estado en la potestad de dirección de las empresas, más que de un mecanismo de control de los contemplados en el derecho societario,

pero que desde luego previsto en una norma jurídica o en los Estatutos de la empresa, por disposición de la Ley, debe presumirse compatible con la Constitución, concretamente con la libertad de empresa, y por tanto, a la postre funciona como un verdadero control. Sin embargo, precisamente porque constituye una abrupta alteración del juego que desde siempre ha caracterizado el funcionamiento de las sociedades anónimas (predominio de la mayoría en la libre administración de la empresa), este mecanismo de control público tiene un carácter excepcionalísimo en los pocos países en que pueda existir, máxime si se tiene en cuenta que en la actual era de las telecomunicaciones desarrolladas al máximo, verbigracia internet, y de la globalización, los conceptos de seguridad, defensa, estrategia económica, se han relativizado también al máximo, por no decir que se han difuminado, de tal suerte que casi han desaparecido los motivos que conducían a consagrar esas normas excepcionales, y por consiguiente, en países de sistemas de economía mixta o de economía social de mercado, en los cuales las Constituciones contemplan el derecho a la libertad de empresa, se torna cada día más difícil defender la compatibilidad constitucional de ese tipo de normas, salvo medianamente, como veremos más adelante, en algunos casos de empresas públicas que han sido privatizadas.

En fin, todos los razonamientos anteriores tienen como finalidad poner de manifiesto que si bien el control es una variable básica en la definición de las empresas públicas, sobre todo de aquellas constituidas como sociedades anónimas, ella reviste ese carácter sólo si el Estado o cualquier ente público de manera directa o indirecta tiene una participación patrimonial mayoritaria en las mismas. En cambio, deja de tener esa connotación cuando opera sobre empresas en las cuales no tiene la referida participación mayoritaria, pues en ese caso el control estatal se distancia bastante del control accionarial, tanto en lo tocante a su calidad como a su cantidad, y viene a ser más bien una expresión de intervención un tanto anómala del Estado en la economía, y más concretamente en el poder de dirección de la empresa, que de suyo pertenece a sus accionistas mayoritarios; de allí pues, que en nuestro

criterio, resulte erróneo en esta hipótesis valorar al control del Estado como un elemento básico, a que nos hemos referido anteriormente, para calificar a una empresa como pública. En otras palabras, calificar una empresa como pública en casos en que el Estado tiene una minoría de acciones en la misma, pero está facultado para ejercer su control en los términos indicados, constituye una equivocación, pues el control juega ese papel sólo en aquellas sociedades en las cuales el Estado tiene una participación patrimonial o accionarial mayoritaria, o dicho de otra manera ese control existe si se configura una influencia dominante de los Poderes Públicos a través de la mayoría accionaria, descartándose la existencia de esa "influencia dominante", salvo disposición en contrario de la Ley, cuando esos Poderes Públicos no detentan la referida mayoría accionarial.

15.4.4.3. **Modalidades del control estatal sobre las empresas públicas**. Cabe pensar que debido a la variedad en la personificación que revisten las empresas públicas en cada país, existirán controles puntuales para cada una de ellas, no obstante, es necesario recordar que precisamente la proliferación de este tipo de instrumentos de participación del Estado en la economía originó, a los fines de su normación general, la consagración en la mayoría de los ordenamientos del concepto de **sector público**, el cual, como indicamos en el Volumen II, alude en términos generales a las actividades de la Administración Pública susceptible de valoración económica, independientemente de que sean realizadas por entes públicos o estatales privados; de allí pues, que si todas las empresas públicas integran al sector público, es posible trazar unos lineamientos generales en materia de control, válidos para todos los entes que componen dicho sector.

En ese orden de razonamiento la doctrina suele aludir al:

a) **Control directo**, el cual corresponde al Ministerio al que se encuentra adscrita la empresa pública, bien en caso de que se trate de un ente público de carácter empresarial, tales como los que existen en

España e Italia, o de una sociedad por acciones con participación total o mayoritaria del Estado. Desde luego, que ese control debería obedecer al que corresponde al poder de dirección de los Administradores en el marco del Derecho Mercantil, pero nada obsta para que algunos principios del mencionado Derecho queden derogados por la Ley o por los propios Estatutos atendiendo disposiciones de la Ley;

b) **Control mediante entes de gestión**, los cuales son, creados para asumir la tarea de gestionar o administrar un conjunto de empresas públicas, generalmente constituidas como sociedad por acciones, pero nada impide que revistan la forma de ente público empresarial, de tal manera que dichos entes tienen el carácter de un "holding", dado que el objeto de su actividad empresarial consiste en la participación en sociedades que actúan en un determinado sector de la producción; de allí que como tales entes de gestión puedan ejercer el control sobre las empresas que forman parte del grupo.

En el ejercicio de esa función de control cada ente de gestión tendrá su normativa particular, pero también es cierto que los ordenamientos suelen incluir normas contentivas de lineamientos generales que son aplicables a todos ellos, entre los cuales se pueden citar en el caso de España, la obligatoriedad de remitir anualmente al Parlamento sus planes generales y operativos, así como los de las empresas sujetas a su control, o la indisponibilidad de las acciones en las sociedades que participan. Cabe reiterar que los controles específicos ejercidos tanto por los Ministerios de adscripción, como por los entes de gestión, responderán a la normativa legal o estatutaria, o a ambas a la vez.

15.4.4.4. **El control ejercido por el Parlamento y por los órganos de control externo de la Administración**. Todas las modalidades de empresas públicas están sometidas al control político del Parlamento, órgano este que en ejercicio de esa potestad puede utilizar cualquiera de sus instrumentos clásicos de actuación, a saber: investigaciones, interpelaciones, preguntas, autorizaciones, aprobaciones y otros

mecanismos equivalentes de conformidad con lo previsto en la Constitución y en los reglamentos parlamentarios. Además ese control se extiende al presupuesto, en vista de la regla que impone que los presupuestos de las empresas públicas se incorporen a la Ley de Presupuesto. De modo, pues que el Parlamento detenta un amplio poder contralor sobre las empresas públicas.

Pero mayor puede ser, dependiendo del ordenamiento de cada país, el ejercido por los órganos de control externo de la Administración Pública, llámense Tribunales de Cuenta, como ocurre en casi toda Europa, o Contraloría o Auditorías Generales, como ocurre en la mayoría de los países de América Latina, en virtud de que ese control pasa por el tradicional de legalidad y de regularidad contable, sobre la base de la rendición y examen de las cuentas de los administradores públicos, pero además en ejercicio de esta forma de control tradicional las leyes suelen conferir a los órganos contralores facultades para realizar inspecciones y fiscalizaciones, no sólo sobre las empresas públicas, sino sobre los privados que contratan con las mismas, y por supuesto, en el caso que se requiera, también pueden practicar controles perceptivos.

Además del indicado control de legalidad, los órganos contralores ejercen sobre las empresas públicas el control de gestión, el cual supone la evaluación de sus planes y programas, así como el resultado de la ejecución de los mismos, y en fin la determinación de la utilización racional de los recursos, así como el logro de las metas con los recursos asignados, o con el mínimo de recursos posibles. De esa manera los Tribunales de Cuenta o las Contralorías Generales tienen encomendado un control sobre las empresas públicas, teóricamente bastante efectivo.

15.4.5. **El régimen de derecho público y privado de las empresas públicas**.

15.4.5.1. **De los entes públicos económicos (preeminencia del Derecho Público)** Cabe recordar que la empresa pública en

general puede adoptar las modalidades de entes públicos empresariales o entes públicos económicos y de sociedades por acciones con participación mayoritaria del Estado o de cualquier ente público. En ambas modalidades su creación, organización y actuación están sujetas a un régimen jurídico mixto, es decir, de derecho público y de derecho privado, con marcada prevalencia en la primera modalidad del Derecho Público, y en el segundo, del Derecho privado. En ese orden de ideas, debemos hacer notar que en Europa la tendencia predominante está orientada por la idea de que las regulaciones internas concernientes a la creación y organización de los entes públicos empresariales pertenezcan al ámbito del Derecho Público. Así por ejemplo, su creación es materia de reserva legal, y obviamente también su extinción procede mediante un instrumento de rango legal, salvo, desde luego, que la propia ley de creación disponga que el ente se extinguirá al conseguir su objeto.

Por otro lado, al ser entes públicos descentralizados funcionalmente, están adscritos generalmente a un órgano de un ente territorial, quien como indicamos en el acápite anterior es el encargado de ejercer el control, generalmente de tutela. Así mismo sus directivos son designados por el órgano de adscripción. El régimen de sus bienes puede obedecer a la mera asignación para el cumplimiento de sus funciones por parte del órgano de adscripción del ente territorial, razón por la cual conservarán su condición de demaniales. En cambio, aquellos bienes que adquieran en la realización de las actividades que entran en el giro de sus negocios tendrán la condición de patrimoniales. Pero también dicho régimen puede comportar la transmisión de los bienes por parte del ente territorial de adscripción en plena propiedad al ente público empresarial, caso en el cual tendrán la condición de patrimoniales.

El régimen presupuestario tiene carácter público, dado que los presupuestos de los entes públicos empresariales se integran en el presupuesto general del Estado, de los Estados, Provincias o Municipios, según el caso. También su contabilidad debe ajustarse a los parámetros de la contabilidad pública, y por supuesto están sujetos al

control parlamentario y de los órganos superiores de control externo (Tribunales de Cuentas y Contralorías). Cuando ejercen potestades administrativas, sus actos están sujetos al régimen administrativo, y por tanto, son susceptibles de ser impugnados en sede administrativa y en sede jurisdiccional. Por imperativo legal, en el caso español, las entidades públicas empresariales actúan en un régimen total de Derecho Privado, es decir, que tal régimen opera en las actividades de producción de bienes y servicios, en las relaciones con los terceros, bien en su condición de usuarios o contratantes, y en las relaciones con sus trabajadores. Sin embargo, a este tipo de entes públicos empresariales no le resultan aplicables las normas sobre la quiebra.

15.4.5.2. **De las sociedades por acciones.**

15.4.5.2.1. **Preeminencia del Derecho privado**. En lo tocante al régimen jurídico de las sociedades por acciones con participación mayoritaria directa o indirecta del Estado o de un ente público, cabe señalar que el mismo está conformado de manera preeminente por normas del Derecho privado (mercantil, civil y laboral), y en mínima proporción por normas de Derecho Público. En efecto, a diferencia de los entes públicos empresariales o económicos, su creación y organización está regida en gran parte por normativa privada, y desde luego sus actividades o relaciones con terceros aparecen totalmente reguladas por este último tipo de normas. Sin embargo, debemos destacar que las afirmaciones anteriores tienen carácter de verdaderas reglas en países donde encuentran plena vigencia la libertad de empresa y la libre competencia. Esto es tan cierto que los artículos 85 y 86 del Tratado de la Comunidad Europea establecen el principio de la unidad de trato entre las empresas privadas y las públicas, el cual se encuentra reafirmado en el artículo 90.1 ejusdem, que prohíbe que los Estados miembros adopten respecto de las empresas públicas o aquellas a las que reconozcan derechos especiales o exclusivos, medidas que sean contrarias a los objetivos del Tratado o de algunas de sus políticas.

15.4.5.2.2. **Ruptura del esquema causal que ha privado tradicionalmente en las sociedades anónimas**. Es necesario advertir que nada obsta para que los ordenamientos dicten disposiciones que deroguen ciertas reglas del Derecho privado que tradicionalmente han regulado a las sociedades anónimas, sobre todo en lo concerniente al interés o finalidad de la sociedad de derecho privado, que no es otro que realizar una actividad económica para obtener beneficios que deberán ser divididos entre los socios, para lo cual se requiere que produzca bienes o servicios que resulten competitivos, atendiendo a los costos; en cambio, ese esquema causal, como lo denominan los italianos, propio de la sociedad por acciones (producción para obtener beneficios), puede ser derogado por las leyes que regulen a las sociedades anónimas con participación pública mayoritaria, cuando se vincule la actividad que deben ejecutar estas sociedades a la gestión de determinados y particulares servicios públicos, a la construcción de determinadas infraestructuras, o a determinadas finalidades de política económica o social.

Naturalmente que cuando se comparan ambos esquemas causales, se nota la diferencia que existe entre uno y otro, y concretamente la significación de la derogatoria de la norma básica en materia de sociedades anónimas, por la ley especial que regula ciertas clases de sociedades por acciones con participación pública mayoritaria, siendo esa la causa de que se hable de sociedades de régimen especial, o mejor a las que se les reconozcan derechos especiales o exclusivos. Por supuesto, que como consecuencia de esa derogatoria los ordenamientos podrán configurar sociedades anónimas con participación mayoritaria pública, que se diferencien significativamente del modelo de esa sociedad recogido tradicionalmente en los Códigos de Comercio o Civiles.

Por consiguiente, dada la variabilidad de este tipo de empresas públicas, el examen de las mismas sólo podrá hacerse a partir del análisis de cada ordenamiento, atendiendo al siguiente esquema metodológico: Deberá tomarse en cuenta el concepto tradicional de socie-

dad anónima, el cual será el marco del análisis, y posteriormente se contrastará con el que delineen las leyes especiales que rijan a las empresas públicas con forma de sociedad anónima, para de esa manera determinar cuán cerca o cuán lejos están los distintos modelos existentes en cada país, del módulo clásico societario. En la medida en que esté más cerca su régimen jurídico será preeminentemente de Derecho privado, y en la medida en que se aleje, ese régimen sufrirá significativas derogatorias, dando lugar a las sociedades anónimas con regímenes especiales.

A la luz de los anteriores razonamientos resulta posible predicar la existencia de un tipo de sociedad con participación pública mayoritaria, la cual debería integrar el grupo más numeroso, creada y organizada conforme al modelo contenido en el Código de Comercio o Civil, y desde luego, regida en su actuación por normas de esos instrumentos normativos, que inclusive podría admitir derogatorias menores en leyes especiales. Igualmente se podrá constatar la existencia de otro tipo empresas públicas constituidas como sociedades especiales, cuyas características obedecen básicamente a derogatorias expresadas del indicado modelo de Derecho privado.

Pues bien, como expresamos antes, la primera clase de sociedad con participación pública está regida preeminentemente por el Código de Comercio o Civil, según el caso, y en ese orden de ideas tanto su creación como la estructura y el funcionamiento de los denominados órganos sociales son disciplinados por dichos instrumentos normativos (inscripción en el Registro Mercantil, división del capital en acciones, Asamblea, administradores, comisarios, formación de la voluntad etc), y por sus estatutos, y por supuesto también están reguladas por esa misma clase de normas todas las relaciones con los terceros, sin que sea válido, a diferencia de lo que ocurre con los entes públicos económicos, la regla concerniente a la prohibición de la quiebra.

15.4.5.2.3. **Creación de las sociedades anónimas**. Pese a que la sociedad anónima con participación pública mayoritaria es

creada conforme a las reglas del Derecho privado, es necesario subrayar que la decisión acerca de esa creación está reservada al órgano administrativo competente, es decir, que ese acto debe estar previsto en una norma legal (principio de legalidad), y en algunos ordenamientos puede estar sujeto al control del Parlamento, ante el cual debe justificar la Administración la necesidad de la mencionada creación. Sin embargo, ha de advertirse que una norma que consagre ese control, tiene un carácter excepcional porque siempre se le otorga un amplio margen de discrecionalidad a la Administración sobre el acto de creación de las empresas públicas.

Por otra parte, conviene recordar que la participación accionaria mayoritaria del Estado o del ente público en las sociedades por acciones puede ser directa o indirecta, siendo indirecta cuando una sociedad de esta clase crea otra sociedad mercantil con un paquete accionario superior al cincuenta por ciento. La doctrina se ha preguntado si en ese caso su creación debe estar sometida a las mismas reglas que rigen la creación de la primera, esto es, si también debe procurarse, de estar previsto así en la Ley, la autorización del Parlamento, o en todo caso la autorización del órgano administrativo competente para crear la primera. Corresponderá a cada Derecho positivo disciplinar la situación, pero en caso de silencio la doctrina se ha decantado por la postura que propugna la necesidad de las correspondientes autorizaciones provenientes de los Poderes Públicos competentes.

15.4.5.2.4. **Bienes y presupuesto**. Los bienes de este tipo de empresas públicas en forma de sociedad por acciones son aportados por el ente público que ordene su creación, y son del dominio privado, motivo por el cual tienen un carácter patrimonial. Es preciso señalar que algunas leyes suelen establecer requisitos cuando el monto de los mismos supera determinada cantidad, pudiendo en esos casos requerir la aprobación del correspondiente Parlamento. En cambio, la extinción de las empresas públicas en forma de sociedad por acciones puede tener su causa en la disolución de conformidad con las previsiones del

Código de Comercio, o la pérdida de la mayoría accionarial por parte del Estado o el ente público. En esta hipótesis casi todas las leyes establecen que se requiere la autorización del mismo órgano legitimado para su creación.

Al igual que los entes públicos económicos, están sujetas a las previsiones de Derecho Público en materia presupuestaria y de contabilidad, e igualmente están sometidas, en los mismos términos expuestos anteriormente, al control del Parlamento y de los órganos de control externo (Tribunales de Cuenta y Contralorías).

15.4.5.2.5. **Referencia final sobre el régimen jurídico**. En suma, pese al postulado relativo a la regulación preeminente por el Derecho privado de este tipo de empresas públicas constituidas en forma de sociedad por acciones, debe reconocerse la significativa incidencia del Derecho Público sobre la disciplina de este tipo de empresas, al punto que indudablemente es posible establecer claras diferencias entre las mismas y las sociedades por acciones reguladas íntegramente por el Derecho privado, diferencias que lógicamente aparecen articuladas en las señaladas derogatorias por las leyes especiales, de los principios y esquemas clásicos privados que rigen a la sociedad anónima. Pero quizás la diferencia más importante existente entre la empresa pública mercantil con las sociedades anónimas privadas, según LAGUNA (1994) alude a su justificación y fines, pues según dicho autor "bajo formas jurídico-privadas corre la vena pública. En todo momento es preciso considerar a las empresas públicas mercantiles como un instrumento de actuación de la Administración Pública".

15.4.6. **El interés general o público vinculado a las empresas públicas**. Cuando la Administración decide crear una empresa pública, sobre todo bajo la forma de sociedad anónima, está expresando su voluntad de acudir a una herramienta propia del Derecho privado para intervenir directamente en la economía, es decir, para participar como un agente más en el mercado para la producción de

bienes y servicios. Planteada así la situación en países en los cuales rige plenamente tanto la libertad de empresa como la libertad de competencia, en los que inclusive están vigentes normas extraestatales (comunitarias), como en el caso de los que integran la Unión Europea, en los cuales rige la paridad de trato entre la empresa privada y la empresa pública, y la prohibición para los Estados miembros de dictar medidas relacionadas con las empresas públicas, que sean contrarias a los objetivos del Tratado o a determinadas políticas de la Unión, resulta totalmente posible y congruente pensar en una sociedad por acciones con participación pública mayoritaria, que cada día se aproxime más a un régimen total de Derecho privado, superando de esa manera las derogaciones de principios y esquemas causales propios del derecho societario privado, contenidas en las leyes especiales que regulan a las empresas públicas.

Pero aun en ese escenario que al parecer es el que se impondrá en la Unión europea, cabe preguntarse si realmente las empresas públicas, pueden llegar a ser conceptuadas como unidades de producción de bienes y servicios, creadas por el Estado o por entes públicos, con la única finalidad de competir en el mercado como un agente económico más, a los fines de generar utilidades que deben integrar al patrimonio público. O sea, que se trataría de entes totalmente desvinculados de la tutela del interés general que la Ley le impone a la Administración, por supuesto acudiendo ésta a los esquemas garantizadores de los derechos ciudadanos.

La respuesta a esa interrogante pasa, en nuestro criterio, por examinar a la denominada Constitución económica, sin embargo, en términos generales observamos que aun en el escenario más perfecto de la libertad de empresa y de la libre competencia, pareciera una contradicción "in terminis" que la Administración, tutora por obra de la Constitución de los intereses generales, cree una organización con bienes del patrimonio público para intervenir en la economía, con una finalidad absolutamente distanciada del interés general que tiene enco-

mendado proteger, es decir, con un fin enteramente lucrativo. En efecto, aceptamos que la variable económica juega un factor fundamental cuando el Estado decide utilizar instrumentalmente a las sociedades anónimas, en tanto en cuanto esa utilización debe estar presidida por el principio de la autosuficiencia de gestión, pero no entendida como aquella destinada a obtener el máximo de rentabilidad o utilidad, sino más bien como la actividad dirigida a mantenerse en el mercado y a conseguir por lo menos el autofinanciamiento.

Rechazamos entonces que cuando el Estado acude a este instrumento, lo haga subordinándolo exclusivamente al lucro, inclusive no negamos que el logro del autofinanciamiento pueda conducir a la obtención de lucro, por parte de la empresa pública en forma de sociedad anónima, pero en cambio rechazamos que ese elemento pueda servir para caracterizarla. En esta línea argumental concluimos señalando que la intermediación de las empresas públicas entre el Estado y demás entes públicos y la sociedad, no puede de ninguna manera conducir a concluir que dichas empresas actúan única y exclusivamente para obtener resultados puramente económicos, pues esa intermediación existe en tanto en cuanto está orientada por el logro de los fines públicos y de utilidad pública. En suma, descartamos que aun en el escenario ideal antes descrito, pueda obviarse la finalidad pública vinculada a las actividades de las empresas públicas, especialmente de aquellas constituidas como sociedades anónimas.

No obstante, debemos reconocer que entra dentro de la discrecionalidad de la Administración, siempre respetando el principio que postula que toda empresa pública debe perseguir de manera directa o indirecta fines de interés general, seleccionar la personificación más adecuada para intervenir en la economía, con vista a las finalidades complementarias a las económicas, que pretenda perseguir en el momento. En ese orden de ideas pareciera más adecuado recurrir a los entes públicos económicos para gestionar servicios públicos, aun en régimen de libre competencia, tales como correo, ferrocarriles, agua,

etc., y a las sociedades anónimas para actuar como un agente económico más en el mercado, verbigracia en actividades petroleras, carboníferas, gasíferas, etc. Insistimos en que aun cuando se trate de adecuar la naturaleza de las actividades a la personificación de las empresas públicas, en ningún caso podrá desvincularse el interés general de la actuación de las mismas.

Finalmente, en torno a este punto cabe señalar que en los denominados países en desarrollo, ahora "emergentes", resulta aún más difícil desvincular a las empresas públicas de la tutela del interés general, en virtud de que ellas son utilizadas básicamente para lograr satisfacer necesidades colectivas, e igualmente pareciera muy lejana la posibilidad de que el régimen jurídico mediante el cual son reguladas las mismas, sobre todo las constituidas en forma de sociedad anónima, avance hacia su regulación casi total por normas de Derecho privado, y en consecuencia, seguirá siendo muy acentuada la parte de ese régimen constituida por el Derecho Público.

15.4.7. **Las perspectivas de las empresas públicas como instrumentos de la intervención de la Administración en la Economía**.

15.4.7.1. **La flexibibilidad de la actuación de la empresa pública y la huída del Derecho Administrativo**. La utilización de la empresa pública como instrumento de intervención de la Administración en la economía, siempre con vista a la tutela del interés general, desde sus comienzos ha generado una viva discusión, la cual perdura todavía. Ha de recordarse que en un determinado momento la empresa pública fue considerada como una especie de panacea, derivada del uso instrumental de técnicas de Derecho privado, mediante la cual la Administración tutelaría a ciertos intereses públicos liberada en definitiva de la rigidez propia de los procedimientos y actuaciones reguladas por el Derecho Público, razón por la cual, al igual que los operadores privados, dichas actuaciones estarían presidi-

das por la flexibilidad propia de esos operadores, y por ende, caracterizadas por la eficacia y la eficiencia.

Por supuesto que la polémica sobre la utilización de las empresas públicas excede el ámbito estrictamente jurídico, siendo quizás en el campo extrajurídico donde resulta más fuerte (político, ideológico y económico), pero sin desconocer su importancia en el indicado ámbito, limitaremos este acápite a examinar básicamente el aspecto jurídico, y en ese orden de ideas observamos la tendencia en la década de los setenta y ochenta en muchos países, sobre todo europeos, en los cuales creció exageradamente el sector público, debido a la creación de este tipo de entes, muchas veces con la finalidad de "huir del Derecho Público", y de esa manera escapar, acudiendo a las regulaciones del Derecho privado, a los controles a que necesariamente está sometida la Administración Pública, los cuales como es sabido constituyen una garantía para los particulares, sobre la base de que tal huida conducía a la "ansiada" flexibilización de sus actuaciones, así como el logro de la eficacia y eficiencia de la misma.

Aparte, de que un riguroso examen de la situación de las empresas públicas en esos países demostró en la mayoría de los casos, la inexistencia de la preconizada eficiencia y eficacia, cabe advertir desde la perspectiva jurídica, que una postura de esa naturaleza simplemente ignoraba el análisis de la pertinencia de la creación de la empresa pública para atender determinados intereses públicos, y lo que es peor, muchas veces los titulares de los Poderes Públicos olvidaban que la realización de las actividades materialmente administrativas, constituye una competencia indelegable de la Administración Pública, la cual debe ejercerse con las debidas garantías consagradas por el Derecho Público. Desde luego, que si la finalidad era esencialmente huir del Derecho Administrativo, y más concretamente obviar el cumplimiento de las mencionadas garantías, se configuraba "ab initio" una desviación o especie de fraude, que no permitía presumir precisamente una actuación eficaz y eficiente de estas empresas.

15.4.7.2. **El régimen jurídico mixto**. Bien que la creación de las empresas públicas fueran el producto de la mencionada huida del Derecho Público, o que realmente obedecieran a una necesidad de intervención de la Administración en la economía, de todas maneras desde el punto de vista jurídico se creaban y se crean teniendo como base un régimen mixto, constituido por normas de Derecho privado y de Derecho Público, lo que en el mejor de los casos (empresas públicas en forma de sociedad anónima), conducía y conduce de todas maneras a una mayor o menor mediatización de la flexibilidad que se buscaba y se continúa buscando teóricamente.

Efectivamente, esa flexibilidad aparece montada sobre el modelo de la autonomía de la voluntad o autonomía negocial, con que actúan los administradores de las empresas privadas en la gestión de las mismas, que es en definitiva el elemento que permite tornar competitiva a una empresa en un mercado abierto, sobre la base del principio de la necesidad de obtener rentabilidad, combinado con el principio de la economicidad en el uso de los recursos, lo que a la postre va a conducir a otorgar beneficios a sus propietarios. El indicado régimen jurídico, como lo veremos de seguidas, incide sobre la referida autonomía negocial de los gerentes públicos, la cual al final resulta casi nugatoria, e impide que efectivamente la empresa pública actúe en el mercado como un operador privado más.

Pues bien, la mediatización se produce porque, como hemos visto, sin negar su razón de ser, porque el funcionamiento "ad intra" (presupuesto, crédito público, fiscalización, rendición de cuentas, etc.) de estas empresas está regido casi totalmente por el Derecho Público, y más concretamente por el principio de legalidad, y condicionado, algunas veces también su actuación frente a terceros (contratación), por el ente público territorial al cual están adscritas, o por el Parlamento, o por los órganos de control externo. En otros términos, el régimen jurídico de las empresas públicas, tal como aparece concebido en la mayoría de los países, e insistimos que no puede ser de otra manera,

porque son públicas en tanto en cuanto, directa o indirectamente tutelan el interés general, en la práctica impide que ellas pueden actuar en la consecución de su objeto de la misma manera que lo hace una sociedad anónima regulada exclusivamente por el Derecho Privado.

Por consiguiente, el régimen jurídico constituye un verdadero freno para que las empresas públicas, como se pensaba originalmente, puedan tener un status de gestión idéntico a los operadores regidos exclusivamente por el Derecho privado. Por otro lado, no es un secreto que la adscripción de este tipo de entes a la Administración Pública, siempre ha propiciado la corrupción, el despilfarro, la burocracia y la ineficiencia, pues como sostiene ARIÑO (2001) las empresas públicas son como "casas sin amo", porque les falta el elemento esencial constituido por un propietario o propietarios de "carne y hueso", pues su propietario en el mejor de los casos es el Estado, pero casi siempre lo es en la realidad el gobierno de turno, y como es de imaginarse resulta muy difícil que los gestores de estas empresas, designados la más de las veces atendiendo repartos partidistas, y con fines muy precisos destinados a abultar la clientela del partido que los designa, puedan actuar en un mercado competitivo de la misma forma en que lo hace un administrador o un propietario, que sabe que la ineficiencia puede conducir a la extinción de la empresa, o por lo menos a la descalificación profesional del administrador. En cambio, los administradores públicos no corren ese riesgo, pues ante la existencia generalmente de déficit casi crónico, estarán seguros que serán auxiliados por el Tesoro Público, y en el peor de los casos serán rotados para otra empresa o para otro cargo público".

En fin, pareciera que alguno de los principales males que afectan a las empresas públicas tuvieran su origen en el señalado régimen jurídico mixto, porque actualmente tal como se conciben legal y estatutariamente este tipo de entes, parecieran revelar, como afirma el antes citado autor español, una contradicción "in terminis" o un "círculo cuadrado", pues debido a ese carácter público, con el correspondiente

régimen mixto, es muy improbable que puedan llegar a adoptar el rol de una empresa privada.

15.4.7.3. **La futura utilización de las empresas públicas por los países "emergentes".** Los europeos a través de las Directivas de la Unión han comenzado a buscarle salidas al señalado problema, en el marco de un mercado presidido por la libre competencia, recurriendo a la imposición, como señalamos precedentemente, del principio de "igualdad o paridad de trato" entre empresas públicas y privadas", llegando a controlar inclusive las ayudas o subvenciones de los países miembros a dichas empresas, con la finalidad de hacer respetar las reglas de la libre competencia. Igualmente prohíben cualquier tipo de discriminación basada en la nacionalidad.

Es necesario reconocer que si todas las Directivas de la Unión Europea destinadas a regular un mercado abierto y de libre competencia se cumpliesen plenamente, y más concretamente la relativa a paridad de trato entre empresa pública y empresa privada, entonces por obra del Derecho Comunitario el concepto de empresa pública, tendería ciertamente a adoptar la flexibilidad de la empresa privada, pero su concepción se desnaturalizaría, en virtud de que la tutela del interés público quedaría reducida prácticamente al denominado control accionarial en el marco jurídico societario clásico. Y nos preguntamos ¿obedece ese modelo a la idea que originariamente prefiguró el concepto de empresa pública?. Y continuamos preguntando ¿de qué vale, o mejor qué sentido tendría entonces una empresa pública cuyo único objeto, sea como en el ámbito del Derecho Privado, rentabilizar las ganancias, y en consecuencia obtener beneficios, es decir, colocar la finalidad última en el lucro, olvidando el interés público?. Seguramente, en el marco de la concepción signada por el Derecho privado esa será una empresa, pero resulta dudoso, a pesar de que puede ser creada por el Estado, que pueda llegar a calificarse de pública.

Tal vez esas interrogantes cobren mayor importancia en los denominados países del tercer mundo, ahora eufemísticamente "emer-

gentes", y quizás se conviertan en una sola: ¿ Se justifica la utilización de las empresas públicas en estos países?. Desde luego que la respuesta, en primer lugar, es de carácter político, pero independientemente de esa variable, debemos destacar que desde la perspectiva jurídica, que es la que interesa, la doctrina ha esbozado algunas ideas que podrían ser tomadas en cuenta en esa discusión, a saber:

a) Las empresas públicas no deberían ser utilizadas para realizar actividades administrativas, pues ello podría evidenciar una incompatibilidad constitucional, en virtud de que suele corresponder a la Administración en los países con sistemas de Derecho Continental, en aras de preservar a los ciudadanos, las garantías derivadas del Derecho Administrativo, el ejercicio exclusivo y excluyente de la función administrativa. Por consiguiente, cuando pese a la naturaleza de la aludida función, ella es regulada preeminentemente por normas de Derecho privado, acudiendo la propia Administración a las empresas públicas lo más probable es que se configure la aludida incompatibilidad, o que de alguna manera sean infringidas las indicadas garantías ciudadanas, sobre todo al obviar la aplicación del principio de legalidad; b) resulta factible y además compatible constitucionalmente que la empresa pública pueda ser utilizada en el área de los servicios públicos, desde luego, en ciertos sectores, y cuando se configuren determinadas circunstancias.

En ese orden de ideas señala ARIÑO (2001), que podría operar: a) en la gestión de instalaciones y equipos que son del dominio público (aeropuertos, abastecimiento de agua, etc.); b) en la gestión de infraestructuras y sistemas de gran complejidad técnica, cuya gestión independiente es esencial para lograr el efectivo acceso no discriminatorio de todos los agentes al mercado de servicios que se desarrolla a través de dichas infraestructuras (sistema eléctrico, sistema gasista, etc.) y; c) puede ser utilizada "como vehículo de promoción y desarrollo de sectores estratégicos" (telecomunicaciones, energía, investigación, cultura, etc.).

Estimamos acertada la ubicación de los sectores de los servicios públicos en que podría ser utilizada la empresa pública, pero diferimos de la metodología que propone en su utilización: empresa mixta, con participación minoritaria del Estado, pues aparte de que rechazamos que el concepto de empresa pública pueda extenderse a sociedades anónimas en las cuales la participación accionaria sea la anteriormente señalada (diez o quince por ciento), en nuestro criterio si la Administración decide utilizar esta técnica instrumental de Derecho privado, además en áreas sensibles de los servicios públicos, debe hacerlo asumiendo plenamente el "rol" de propietario, bien porque posea todas las acciones, o la mayoría de ellas, y no pretender jugar en la empresa el papel de un mero observador, o sencillamente obtener unos dividendos que se correspondan con su cuota de participación, pues la decisión de intervenir en la economía gestionando determinados servicios públicos, debe adoptarse corriendo con todos los riesgos que ello implica, derivados de participar en un mercado presidido por el principio de la libre competencia, actuando de conformidad con el antes examinado régimen mixto de derecho público y privado, riesgos que inclusive, como hemos visto, están presentes aun en la hipótesis de que la gestión del servicio tenga un carácter monopólico.

En fin, consideramos que en los países emergentes la empresa pública continuará siendo utilizada por bastante tiempo, razón por la cual lo que vale la pena discutir es acerca de la adopción de un modelo que compagine al máximo la flexibilidad propia de la sociedad privada, con el interés público que necesariamente, de manera directa o indirecta deberá tutelar. Desde luego, que por lo pronto, por ejemplo los ensayos de integración económica en América Latina (CAN Y MERCOSUR), no permiten predecir a corto plazo la configuración de un contexto que permita dar un salto cualitativo que nos aproxime a la concepción de la empresa pública en Europa, originada en las Directivas de la Unión, la cual, dicho sea de paso, resulta bastante discutible en el marco teórico originario que sirve de sustento a este tipo de entes, pero que quizás sea una respuesta adecuada a la evolución que se observa en el proceso de

integración que se lleva a cabo en el continente europeo. Queda abierto entonces el debate en los países emergentes sobre el mejor modelo de empresa pública, pues nos atrevemos a decir que las circunstancias que caracterizan a las Administraciones Públicas de esos países no permiten predecir su extinción a corto plazo.

15.5. **Las privatizaciones**.

15.5.1. **Premisa introductoria (reacción económica y política frente al crecimiento acelerado del sector público**). En páginas anteriores hemos descrito como a partir del primer tercio del siglo XX se inicia en Europa el crecimiento del sector público, pero en realidad no es hasta después de la Segunda Guerra Mundial cuando la Administración despliega un significativo proceso de intervención en la economía, por supuesto que en dicho proceso juegan papeles relevantes la cláusula del Estado social consagrada en las Constituciones de esos países, y las instituciones jurídicas que van a permitir tornar operativa tanto esa cláusula constitucional, como la Constitución económica, tales como la nacionalización, la reserva, la iniciativa pública económica y sobre todo las empresas públicas.

Pues bien, los procesos de nacionalizaciones en Francia e Italia y la significativa intervención por las vías de las empresas públicas en Italia y España, al punto que se llegan a crear órganos o entes destinados a dirigir o a gestionar la participación económica del Estado, inclusive hasta Ministerios, dieron lugar a que en la década de los ochenta del siglo XX el sector público en los países mencionados y en otros de ese mismo continente creciera exageradamente, con la particularidad de que la inmensa mayoría de las empresas que componían el sector generaban grandes pérdidas, convirtiéndose en factores causales de la inflación y del déficit fiscal que tendía a hacerse crónico en Europa. Frente a ese panorama en un primer momento los países europeos, con excepción de Francia que en 1982 inició un nuevo proceso de nacionalización, que al poco tiempo tuvo que revertir, consideraron que la transferencia de

una gran cantidad de bienes y servicios del sector público, al sector privado, podía considerarse como un remedio frente a la crisis económica.

O sea, que vista en esa perspectiva las privatizaciones tuvieron y pueden tener finalidades netamente económicas: reducción del gasto público, reducción del déficit fiscal, tendencia a la reducción de la inflación y reducción de la carga impositiva de los ciudadanos, y en definitiva contribuir al mejoramiento de las condiciones económicas de un país.

Pero al lado de las enunciadas finalidades, los gobiernos y los planificadores pueden perseguir finalidades ideológicas y políticas, por supuesto de ninguna manera desvinculadas de las finalidades económicas, que siempre estarán presentes, las cuales pueden traducirse con una expresión emblemática: "El Estado mínimo", que significa reducir el Estado a su mínima expresión posible, transfiriendo funciones, bienes, empresas y servicios, a manos privadas, con la finalidad de terminar con el Estado social y suprimir a los ciudadanos los derechos propios de esa clase de Estado, tales como educación, vivienda y seguridad social, pues consideran que los mismos no deben ser conceptuados como funciones estatales. Quizás éste sea el desiderátum extremo de la denominada "nueva derecha", pero al lado de ella, o como matiz de la misma, está el denominado neoliberalismo, que retomando las enseñanzas de Adam Smith, pretenden adaptarlas a la actualidad y proclaman igualmente una reducción del tamaño del Estado, propugnando la libertad de mercado como la variable fundamental a los fines de garantizar la plena vigencia de los derechos de propiedad y de la libertad individual. Se trata entonces de suprimir totalmente la iniciativa pública en la economía, sustituyéndola por la iniciativa privada, quedándole al Estado únicamente la tarea de corregir las disfunciones del mercado.

De lo antes expuesto se colige la enorme carga ideológica que pueden tener las privatizaciones, sobre todo en los países emergentes,

en los cuales son o deben ser cometidos indeclinables de las Administraciones Públicas los derechos sociales (salud, educación, seguridad social, transporte público, etc.), así como los eventuales efectos perjudiciales asociados a las mismas, si se tienen en cuenta los fenómenos que las afectan: (corrupción administrativa, corrupción judicial, partidocracia, ingobernabilidad, etc.), todo lo cual apunta a que los referidos procesos puedan llegar a convertirse en experiencias traumáticas, como ocurrió en Argentina recientemente, y en definitiva en verdaderos "saqueos" de los bienes del patrimonio público. Las privatizaciones tienden también en los países desarrollados a estar afectados por el vicio de la corrupción, pero con la particularidad de que ello ocurre de manera excepcional, y además los órganos de justicia funcionan a los fines de ponerle correctivos a esas desviaciones.

Es cierto que resulta muy difícil predicar un proceso de privatización con objetivos únicamente económicos, ya que el mismo siempre estará signado por la variable ideológica, pero debemos destacar que no necesariamente esa incidencia debe inscribirse en los extremos, antes expuestos sucintamente, manejados por la nueva derecha, ya que resulta perfectamente posible aun en el marco del fenómeno de globalización y liberalización de la economía, recurrir a las privatizaciones en un contexto que armonice las transferencias de los servicios y bienes públicos a los privados, garantizando la preservación de los derechos sociales, verbigracia lo que ha ocurrido en Europa con las denominadas obligaciones de servicio público, entre las cuales destaca el "servicio universal, así como el establecimiento de límites infranqueables al fenómeno privatizador en materias como educación, salud y seguridad social.

Reiteramos que nuestra intención es describir sucintamente el fenómeno de las privatizaciones desde el punto de vista jurídico, pero es obvio que un tema tan coloreado políticamente imponía que previamente, también en forma muy breve, trazáramos los lineamientos generales económicos, políticos e ideológicos que sirven de sustrato de lo que puede ser considerado como la institución jurídica, pues de lo contrario

corremos el riesgo de presentar ante los lectores, y sobre todo a los estudiantes y jóvenes abogados, una especie de derecho "aséptico", lo que obviamente constituiría un exabrupto conceptual, y en lo personal un claro mentís a nuestras prédicas de clase.

15.5.2. **Marco teórico.**

15.5.2.1. **El concepto de privatización**. Los autores han formulado múltiples conceptos de privatización, pero todos apuntan hacia la idea de la transferencia de la producción de bienes y servicios del sector público al sector privado, con la consiguiente reducción del primero. En ese sentido se pronuncian, entre otros, FRENI (2000), quien expresa que con "el término privatización se indica, en general, el paso de un régimen de derecho público a un régimen de derecho privado"; MARTÍN MATEO (1985) quien la define "como la asunción por los particulares de bienes o actividades económicas anteriormente de titularidad o gestión pública", y finalmente ARIÑO (2001), en términos muy sucintos, expresa que se trata de "la retirada del Estado de las actividades económicas de producción de bienes y servicios".

Bastante ilustrativo, en el sentido indicado, resulta el Acuerdo dictado por el Consejo de Ministros de España en 1996 sobre el proceso de privatización iniciado bajo la influencia del Partido Popular que había ganado las elecciones ese año, en cuyo punto 5 define a la privatización como la "transferencia total o parcial de la propiedad de empresas a través de la enajenación de participaciones en el capital de las sociedades, acciones, activos o unidades de negocio y, en todo caso, cuando dicha enajenación suponga para el sector público español la pérdida de influencia decisiva en la empresa de que se trate".

Debe aclararse que en Italia, debido a la particularidad del proceso de las privatizaciones, la doctrina suele distinguir entre privatización formal y privatización material, consistiendo la primera en la transformación de un ente público económico o de una hacienda

autónoma sin personalidad jurídica, por supuesto mediante ley, en una sociedad por acciones, en la cual el Estado mantiene la totalidad de las acciones. En realidad al cambiar la estructura organizativa del ente, lo que se privatiza es su régimen jurídico, el cual pasa a ser preeminentemente de Derecho privado, pues el Estado continúa siendo el propietario de la nueva sociedad por acciones; de allí entonces el indicado carácter formal; en cambio, la privatización es material o sustancial, cuando el Estado transfiere el paquete accionario de la sociedad anónima a los privados. Generalmente el proceso se cumple en dos fases, precediendo la privatización formal a la privatización sustancial.

15.5.2.2. **El Objeto de las privatizaciones**. La doctrina señala que pueden ser objeto de privatización bienes y servicios públicos. Desde luego que se trata de bienes tal como aparecen conceptuados en la mayoría de los Códigos Civiles, es decir, todas las cosas que pueden ser objeto de apropiación pública o privada, bien sean muebles o inmuebles, de tal suerte que teóricamente el objeto de la privatización puede ser cualquier tipo de bien público, pero es necesario subrayar que básicamente dicho objeto está constituido por las empresas públicas, pues como indicamos antes, ellas constituyen el sustrato del sector público originado en las nacionalizaciones, en las reservas, y en la voluntad de la Administración de intervenir directamente en la economía.

De ese modo, cualquier transferencia de las acciones o participaciones del Estado en las mismas a los particulares, que comporte la pérdida del control de la misma, configurará en términos jurídicos una privatización. Las leyes establecen la metodología para realización de dicha transferencia, pero por supuesto que la gran mayoría de las veces será mediante la venta, acudiendo a procesos concursales, o bien a través del mercado de valores, de tal manera que en este caso de trata del traspaso o venta de propiedades o empresas públicas a los particulares. Por consiguiente, en principio, cualquier tipo de bien público patrimonial, es susceptible de ser privatizado.

Pero también se pueden privatizar los servicios públicos operados por el Estado y ser transferidos a los particulares, verbigracia agua, electricidad, teléfonos, etc., con o sin la venta de la propiedad de los bienes utilizados en la operación de los servicios. La privatización de servicios públicos puede revestir dos formas: a) aquella referida exclusivamente a la gestión de los servicios por los particulares, conservando el Estado la titularidad, caso en el cual se mantiene la "publicatio", y por supuesto que los referidos servicios continúan siendo cometidos estatales, con la particularidad de que se contrata, generalmente mediante la concesión, a empresas o particulares para que se encarguen de su gestión; b) la otra forma de privatización de servicios tiene un carácter radical, pues implica la "despublificación "del servicio público, de tal manera que bajo una nueva concepción fundamentada en la libertad de competencia, el Estado transfiere tanto la titularidad como la gestión del servicio a los particulares, lo que desde luego puede comportar o no la venta de los bienes e infraestructuras utilizados en la gestión del servicio que se privatiza.

Esta segunda forma o método de privatización supone, como expusimos en el capítulo XIV, la consagración de un nuevo concepto de servicio público (competitivo), en el cual el Estado actuando como regulador de la competencia, garantiza mediante las denominadas obligaciones de servicio público, la satisfacción en determinado grado y calidad de las necesidades colectivas que atendían los servicios privatizados (servicio universal). Se entiende que esta modalidad de privatización requiere un nuevo marco jurídico que le sirva de base de sustentación.

ARIÑO (2001) identifica como un proceso aparente, o falso proceso de privatización, la mera transformación del régimen jurídico de un ente empresarial público o ente público económico, de derecho público a derecho privado, mediante la conversión del referido ente, en una sociedad anónima, en la cual el Estado pasa a ser el propietario de todo el paquete accionario. Por esa razón es que el señalado autor la

califica de falsa privatización, visto que hay un cambio de régimen jurídico, mas no de la propiedad, la cual continúa siendo enteramente pública; de allí que sustantivamente no resulte posible hablar de privatización; no obstante, recordamos que precisamente a ese proceso es al que los italianos denominan privatización formal. Insiste Ariño en que en ese caso no es más que la expresión del fenómeno que califica como "huida del Derecho Administrativo", que consiste en que la Administración para el logro de sus cometidos acude a técnicas del Derecho privado, con la intención de sustraerse del Derecho Público, que de suyo la regula, y por ende ignora las garantías ciudadanas propias del Derecho Administrativo.

15.5.2.3. **Las técnicas de privatización utilizadas**. Existe una vinculación muy estrecha entre las técnicas de privatización y el objeto de esa privatización (bienes o servicios), razón por la cual este punto está muy relacionado con el anterior. Pues bien, VILLAR ROJAS (1993) señala que la doctrina suele aludir en términos generales a las siguientes técnicas:

a) La desnacionalización, concebida como la venta de bienes públicos, dentro de los cuales destacan las empresas públicas, a los particulares, esto es, un cambio de titularidad jurídica, del Estado a los particulares, de bienes o de sus títulos representativos; b) la contratación de servicios y actividades antes gestionados directamente por la Administración. Pensamos que esta técnica se corresponde con la forma de privatización parcial, antes explicitada, que consiste en contratar la gestión del servicio público a los particulares, manteniendo la titularidad de dicho servicio ("publicatio"); c) la desregulación o liberalización "que supone la reducción del intervencionismo en las actividades económicas privadas, y en especial la ruptura y desaparición de los monopolios". Esta técnica se corresponde con la forma de privatización total, antes explicitada, que consiste en transferir tanto la titularidad como la gestión de los servicios a los particulares ("despublicatio"), sobre la base de un nuevo marco jurídico articulado sobre los principios

del mercado abierto, de la libre competencia y de la neoregulación; igualmente atendiendo a la nueva concepción del servicio público delineada precedentemente.

d) La sustitución de los impuestos por precios y tarifas pagados por los consumidores y usuarios con la finalidad de financiar el servicio público. Si se atiende al concepto de privatización que venimos manejando hasta aquí, pareciera forzoso señalar que esta última dista mucho de ser una verdadera técnica de privatización, porque a diferencia de las tres anteriores, cuya aplicación implica el traslado de la propiedad de bienes públicos a particulares, o la propiedad o la gestión de servicios públicos a particulares, pues ella no comporta transferencia de propiedad alguna a los particulares, en virtud de que consiste en sustituir el mecanismo de financiamiento de los servicios, que antes era mediante los impuestos, y pasa a ser mediante precios y tarifas, sin que se vea afectado para nada el régimen de propiedad pública, ni en lo tocante a la titularidad, ni en lo tocante a la gestión. De modo, pues, que sólo pueden calificarse en términos generales, como técnicas de privatización, a las tres primeras.

15.5.3. **Las razones económicas y financieras que privan en las privatizaciones**. El origen de las razones económicas que han invocado los partidarios de las privatizaciones es el excesivo tamaño del sector público, integrado por una pluralidad de empresas, cuya gran mayoría arroja permanentemente pérdidas, debido a su ineficiencia, generada ordinariamente en el vínculo que oficial u oficiosamente mantiene con los factores de poder, particularmente con los partidos políticos, bien de manera directa o indirecta. Y desde luego que esas ineficiencias se reflejan en el presupuesto del Estado, y en definitiva en el gasto público; de allí que traspasarlas a los particulares produzca un doble beneficio, dado que su eliminación del sector público suprime un significativo gasto presupuestario, y porque el producto de la venta puede ser utilizado bien para amortizar la deuda pública interna o externa, o para mejorar servicios públicos esenciales.

Por otro lado, existe una tendencia a acompañar la privatización de empresas públicas con la introducción de un verdadero régimen de libre competencia, y ha quedado demostrado en varios países que la aplicación de dicho régimen resulta muy importante para el mejoramiento de la eficiencia productiva de las empresas, y también para el mejoramiento de las ofertas a los usuarios y consumidores, lo que finalmente se traduce en un mejoramiento de todo el sistema económico y financiero.

En esa misma línea de pensamiento cabe observar que tendencialmente las privatizaciones tienden a incentivar el denominado "accionariado popular", en virtud de que casi siempre comportan la venta de acciones de las empresas privatizadas, en primer lugar, a los trabajadores de las mismas, y en segundo lugar, a los ciudadanos, que se convierten en pequeños accionistas, en ambos casos, con incentivos como la reducción del precio nominal de las acciones, la venta a crédito con intereses bajos y las acciones preferentes.

Por supuesto, que también privan, como señalamos antes, razones políticas y filosóficas, relacionadas con una nueva concepción del modelo de Estado y de sociedad, que pueden inscribirse dentro de las tesis extremas de la "nueva derecha", o de las tesis impuestas en la Unión Europea, que si bien están basadas en la libre competencia y en el mercado abierto, preservan para los ciudadanos sus derechos básicos en materia de servicios públicos privatizados.

15.5.4. **Los límites a la privatización**. Ha de advertirse que predicar la existencia de bienes o servicios públicos que no pueden ser privatizados, significa colocarse en una posición ideológica y política, que si bien admite la privatización en el ámbito económico, reconoce la existencia de límites a la misma. Por supuesto, que los partidarios de las tesis extremas de la "nueva derecha", rechazarán una postura de este tenor, ya que por principio preconizan la privatización de todo tipo de bienes y servicios. Pues bien, es obvio que en la práctica corresponderá

examinar el respectivo ordenamiento jurídico para determinar la existencia de límites a la privatización.

Es preciso hacer notar que la tesis acerca de existencia de límites a la privatización de servicios públicos surge por supuesto en el momento en que empieza a producirse en Europa este fenómeno en forma casi masiva. Es así como la doctrina francesa elabora la tesis sobre los servicios públicos constitucionales, definiéndolos como "aquellos cuya necesidad deriva de principios o reglas de valor constitucional", o aquellos cuya existencia es exigida por la Constitución. A partir de esa definición es posible distinguir entonces dos tipos de servicios públicos, a los fines que nos interesan, aquellos exigidos por la Constitución, de suyo no privatizables, y aquellos calificados como tales por la Ley, los cuales resultan susceptibles de privatización.

No obstante, la doctrina francesa admite que no resulta fácil aplicar la regla que permite identificar a los servicios públicos constitucionales, y opta por la metodología de examinar caso por caso el servicio a los fines de emitir un pronunciamiento acerca de su carácter constitucional o no. En ese sentido cabe señalar que no basta que la actividad constitutiva del servicio aparezca mencionada en el texto constitucional para calificarlo como servicio público constitucional. En efecto, en ese orden de ideas el Consejo Constitucional ha sostenido con respecto a la actividad crediticia que el "servicio público de crédito no es constitucional, ya que no puede afirmarse que las empresas bancarias o de seguro exploten un servicio público cuya existencia y funcionamiento estén exigidos por la Constitución". Un pronunciamiento similar ha proferido acerca de la televisión por vía herziana.

De modo, pues, que la aplicación de la premisa que sirve de base a la definición del servicio público constitucional, debe hacerse caso por caso, a los fines de la identificación y calificación del servicio, y poder emanar un criterio acerca de su privatización o no. La doctrina francesa acepta que en la calificación de los servicios pueda acudirse también al

preámbulo de la Constitución, y es así como siguiendo esa orientación admite que la sanidad, la educación y la seguridad social, son servicios constitucionales por estar previstos de esa manera en el Preámbulo de la Constitución de 1946.

No obstante, debe reconocerse que esta posición acerca de los denominados servicios públicos sociales admite matizaciones en todos aquellos países en los cuales los mismos se erigen en límites a la privatización, pues reiteramos que ese límite se traduce en la prohibición total del traspaso de estos servicios a los particulares, excluyendo de esa manera a la educación, a la sanidad y a la seguridad social del ámbito material de las privatizaciones.

Precisamente los indicados matices consisten en que se permite a los privados fundar establecimientos educativos, sanitarios y fondos de retiros, en el caso de las pensiones, de tal manera que resulta posible una concurrencia del sector público con el sector privado, pero debe quedar claro que se trata de una concurrencia sólo en cuanto su existencia, en virtud de que sería incorrecto plantear la libertad de competencia, puesto que si bien los operadores privados en estos sectores pueden aplicar precios de mercado, e inclusive podría llegar el Estado hasta fijar esos precios, las Administraciones Públicas están impedidas lógicamente de aplicar precios de mercado, máxime si se tiene en cuenta que la financiación de esos servicios se hace con los tributos pagados por los ciudadanos.

Los franceses han tratado de explicar la concurrencia de los privados con las Administraciones en la gestión de los servicios públicos constitucionales concernientes a la educación, a la sanidad y a la seguridad social, afirmando que en ese caso la prohibición de privatización debe conectarse con la exigencia de que exista un "nivel mínimo de servicio público", de modo que todos los ciudadanos puedan beneficiarse del mismo. Bien que se acuda a este criterio o a cualquier otro que permita la concurrencia en estos servicios de los privados con las

Administraciones Públicas, de todas maneras se mantiene la prohibición de que el Estado pueda renunciar a los mismos mediante el traspaso integral de la educación, la sanidad y la seguridad social a manos privadas. Pensamos que esta tesis adquiere validez a la luz de cualquier Constitución que contenga la cláusula del Estado social, pero por supuesto que será en definitiva el examen particular de cada texto constitucional el que permitirá confirmarla.

Por otra parte, existe consenso doctrinario acerca de la necesidad de constituir en límites a la privatización, a las actividades que constituyen expresión clara de la soberanía de un Estado, tales como la defensa, la seguridad, la justicia, la representación diplomática internacional, el mantenimiento del orden público y la gestión de la hacienda pública. Para llegar a ese consenso se ha argumentado que para predicar la inherencia de esas actividades a la soberanía, no se requiere ni siquiera acudir a la Constitución, pues ello resulta de convicciones culturales arraigadas durante siglos en Europa, que primero eran conceptuadas como regalías de la Corona, y después pasaron al Estado. En ese sentido sostiene MUÑOZ MACHADO (2001) que se "trata de los atributos esenciales sin los que el poder público no se hace reconocible y la soberanía del Estado se diluye". El mismo autor antes citado agrega que ese consenso no se produce únicamente por las señaladas convicciones culturales, afirmadas por el desarrollo histórico, sino porque ahora la Constitución las consagra claramente como funciones del Estado. De allí, pues, que la prohibición de privatización de estas funciones o actividades sea total, pues la eliminación de esa interdicción supondría prácticamente la extinción del Estado.

Sin embargo, algunas de esas actividades, como la seguridad y las relativas al sistema penitenciario pueden ser ejercidas parcialmente por los particulares (privatización parcial), siempre sometidos al control de la Administración Pública, sin que ello constituya de ninguna manera una renuncia a la reserva constitucional de dichas actividades, ni un quiebre de la aludida prohibición. Es así como han proliferado en la

mayoría de los países los guardias de seguridad privados, y en algunos otros los servicios penitenciarios están a cargo de empresas privadas. Lo que resulta inaceptable es que la seguridad pueda ser traspasada integralmente a los particulares, de lo que se concluye que todas las actividades vinculadas a la soberanía en su conjunto deben ser realizadas por el Estado.

Cabe señalar a título ejemplificativo que la Constitución Alemana es por lo demás muy clara en la definición de estas actividades como inherentes a la soberanía, debido a que en su artículo 33, numeral 4, preceptúa que “el ejercicio con carácter permanente, de **funciones de soberanía**, serán confiadas a funcionarios de servicio público sometidos a normas de servicio y a lealtad establecidas por el Derecho Público”.

En fin, queda claro que en el marco de las privatizaciones existe la tendencia en casi todos los países a admitir que existen ciertas actividades y servicios públicos que no son susceptibles de ser privatizados, la cual queda reflejada en dispositivos constitucionales que suelen encontrar desarrollo en los instrumentos de rango legal que regulan los procesos de privatización. Por supuesto, que serán esos instrumentos los que delinearan los mecanismos que permitirán matizar las prohibiciones de privatización, fundamentalmente de los servicios públicos de carácter social, así como también de las actividades inherentes a la soberanía, en el sentido de la concurrencia en la gestión de los mismos de los particulares (privatización parcial), con la Administración Pública, sin que llegue a operar una renuncia de la indicada reserva constitucional.

15.5.5. **El control del Estado sobre las empresas privatizadas.**

15.5.5.1. **Premisa introductoria (acerca del planteamiento sobre el control administrativo de las empresas públicas privatizadas**). En páginas anteriores hemos sostenido que toda empresa pública, aun la creada con forma de sociedad anónima, está vinculada a

la tutela del interés general, o de un interés público específico. Ahora bien, al trasladarse la totalidad de las acciones a los particulares (privatización), pareciera lógico pensar que el Estado renuncia a la tutela del aludido interés, el cual resultará irrelevante para los nuevos propietarios de la empresa. Tal vez esa podría ser la tesis que prive en los teóricos extremistas de la privatización adscritos a la denominada "nueva derecha"; no obstante, no ha sido la seguida por la mayoría de los países que han puesto en marcha procesos de privatización de empresas públicas, sobre todo en Europa, y quizás en ellos haya pesado mucho el hecho de que su sector público había crecido después de la Segunda Guerra Mundial, atendiendo a la necesidad de satisfacer necesidades colectivas que son expresiones de los derechos sociales a que da lugar la inclusión en los textos constitucionales de la cláusula del Estado social.

Por consiguiente, la reducción o casi eliminación de ese enorme sector público mediante la privatización no podía realizarse simple y llanamente ignorando los intereses colectivos tutelados por determinadas empresas públicas integrantes de dicho sector. Fue así como se impuso la idea en el marco de la concepción jurídica de la privatización de establecer ciertos mecanismos de control sobre determinadas empresas privatizadas –desde luego derogatorios de las normas de Derecho privado que regulan a las sociedades anónimas privadas– destinados a preservar la tutela de los intereses públicos vinculados al funcionamiento de las mismas. Por lo demás en principio pareció conformarse una especie de consenso acerca de la necesidad de ejercer esos mecanismos sobre empresas privatizadas que se encargaran de gestionar servicios y actividades como agua, electricidad, gas, teléfono, etc.

Aunque parezca paradójico, es en Gran Bretaña, país en el cual las privatizaciones, significaron una ruptura abrupta con la concepción del "Estado Bienestar", que había sido montado básicamente en las nacionalizaciones realizadas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, e iniciadas y llevadas a cabo por un Gobierno Conservador,

presidido por M. Thachert, donde nacen esos controles bajo la denominación de **"golden share"** (acción o participación dorada). La aparente paradoja radica en que un gobierno como el inglés de la época, fuerte propugnador del neoliberalismo económico, corriente que rechaza de plano cualquier forma de intervención del Estado en la economía, haya consagrado estos controles sobre empresas que pasaron a manos privadas, derogando de esa manera disposiciones, por lo demás consolidadas durante mucho años, de Derecho privado concernientes al control de los accionistas mayoritarios. Sin dudas que haber asumido esa conducta sólo resulta explicable en la necesidad de mantener en mayor o menor grado una participación decisiva en las aludidas empresas, con la finalidad de garantizar la tutela del interés público vinculado a las actividades desarrolladas y a los servicios prestados por los entes privatizados.

15.5.5.2. **Los mecanismos de control administrativo de las empresas privatizadas conocidos como "golden share".** En Gran Bretaña la "golden share" es una acción especial del capital de la sociedad privatizada que el Estado se reserva para sí, al momento de producirse la privatización, que le confiere derechos y prerrogativas exorbitantes, desde luego muy superior a los que se corresponden con su valor nominal, según las reglas societarias. La particularidad del control originado con esta acción en el Derecho inglés es que se establecen parámetros que delimitan claramente el ejercicio de dicho control por parte de la Administración, a saber: límites temporales muy precisos dentro de los cuales pueden ejercerse las prerrogativas indicadas, los intereses que se pretenden tutelar, y la enumeración taxativa de las clases de empresas privatizadas que pueden quedar sujetas a control. Dentro de esas prerrogativas propias de la "golden share" inglesa se cuentan la potestad del gobierno de oponerse a modificaciones estatutarias, la imposibilidad para las empresas privatizadas de crear acciones con derecho de voto diferente a las ordinarias, y el derecho a designar a uno o a dos de los administradores de la empresa.

Las privatizaciones inglesas se inician en 1981, y en ese mismo año es consagrado este mecanismo de control sobre las empresas privatizadas, el cual ha pasado a tener la categoría de género, en virtud de que siendo recibido en los ordenamientos de casi todos los países europeos, ha adoptado distintas modalidades (especies), que siempre tienen como fundamento básico la concepción contralora que subyace a la figura inglesa, pero con las naturales adaptaciones que se le hacen en cada uno de esos países. Así por ejemplo, en Italia la L. n. 474/1994 en sus artículos 2 y 3, establece que las sociedades controladas directamente o indirectamente por el Estado, que operen en los sectores de la defensa, de los transportes, de las telecomunicaciones, de las fuentes de energía y de otros servicios públicos determinados mediante decreto del Presidente del Consejo de Ministros, antes de proceder a su privatización, su Asamblea en sesión extraordinaria debe introducir una cláusula que confiera al Ministerio del Tesoro, la titularidad de **poderes especiales**.

Entre esos poderes destacan los siguientes: a) el visto bueno para la adquisición de participaciones relevantes, en tanto en cuanto representen por lo menos el veinte por ciento del capital social; b) el derecho de veto a las decisiones sobre disolución de la sociedad, de fusión, de partición y de traslado de la sede social: c) el poder de designación de hasta un cuarto de los administradores de la sociedad; d) el establecimiento de un límite máximo para posesión de acciones por parte de los particulares, que en el caso de las empresas que gestionen servicios públicos no puede ser superior al cinco por ciento; e) la inmodificabilidad de las cláusulas accionarias por un período de tres años y; f) la validez de las decisiones de la Asambleas si son adoptadas con un número de socios superior al veinte por ciento, lo que deroga la regla del Código Civil que prevé que las decisiones se tomen con mayoría absoluta de votos.

De los dispositivos transcritos en forma resumida se evidencia la diferencia del sistema de control italiano, con el inglés, porque en

primer lugar, los poderes atribuidos al Ministerio del Tesoro en Italia, además de constituir verdaderas prerrogativas derogatorias de las reglas societarias contenidas en el Código Civil, son muchos más que los derivados de la "golden share" inglesa; en segundo lugar, esos poderes no derivan de ninguna acción que mantiene el Estado en la sociedad privatizada, sino de la Ley que regula la privatización, o sea, que el control ejercido por la Administración no encuentra fundamento en la posesión de la "acción dorada", pues el mismo se lo confiere la Ley al indicado Ministerio.

Por lo tanto, podría afirmarse, en estricta puridad conceptual, que en Italia no rige la tesis de la "golden share", no obstante la doctrina suele incluir a los aludidos "poderes especiales" en esa categoría, porque como indicamos antes, la misma ha llegado a ser conceptuada como una figura genérica reveladora del control del Estado sobre las empresas privatizadas, y desde luego que en ese sentido los "poderes especiales" italianos pueden ser calificados como una especie de ella. En tercer lugar, se observa una indeterminación subjetiva y temporal en el ejercicio de esos poderes, en virtud de que la normativa permite que por decreto del Presidente del Consejo de Ministros se puedan agregar discrecionalmente otras sociedades que actúen en sectores o servicios distintos a los enumerados en el citado dispositivo legal, y porque no se establecen, a diferencia de lo que ocurre en Gran Bretaña (golden share) y en Francia (Action spécifique), límites para el ejercicio de esos poderes.

El modelo español de "golden share" es muy particular, en virtud de que se inscribe dentro de una clásica técnica de intervención de la Administración: la autorización. En efecto, iniciado el proceso de privatización la Ley 5/1995 de 23 marzo estatuyó que la Administración mediante Decreto Real quedaba facultada para ejercer determinado tipo de control sobre ciertas empresas privatizadas, el cual fue articulado sobre la figura de la **autorización**, de tal manera que esas empresas para poder adoptar determinadas decisiones, deben obtener previamente una

autorización del órgano competente, so pena de nulidad. También se requiere la autorización en el caso de actos de terceros que afecten sustancialmente al paquete accionario de la sociedad privatizada.

Cabe observar que esta especie de "golden share" no requiere que el Estado mantenga al momento de privatizar la empresa pública, una o varias acciones que le permitan desarrollar facultades exorbitantes con relación a las reglas societarias contenidas en el Código de Comercio, sino que sencillamente, sin derogar las mencionadas reglas, se impone a las empresas privatizadas la obligación de solicitar la autorización, so pena de nulidad, para adoptar determinadas decisiones. Ha de advertirse que la Ley 5/1995 de 23 de marzo, sólo confiere la facultad a la Administración, pero no determina ni las empresas sobre las cuales debe ejercer el control, ni tampoco los actos objeto de ese control, en razón de que reenvía a un Real Decreto la realización de esas precisiones caso por caso; de allí que una parte de la doctrina española señale la flexibilidad del modelo, derivando tal afirmación de la Exposición de Motivos del mencionado texto legislativo, en la cual se deja expresa constancia que la autorización administrativa previa "responde a la idea de la menor intervención pública compatible con el aseguramiento del interés público".

Debemos añadir que LAVILLA RUBIRA (2003) puntualiza que sólo estarán sujetas a la autorización administrativa previa, las empresas mercantiles que reúnan los requisitos indicados en la Ley, y que desarrollen directa o indirectamente las siguientes actividades: a) presten servicios esenciales o servicios públicos formalmente declarados como tales; b) realicen actividades sujetas por Ley y razones de interés público a un específico régimen de control administrativo; c) las que estén exentas total o parcialmente de la libre competencia en los términos del Tratado de la Comunidad Europea. Por otro lado, los actos cuya adopción puede quedar sujeta a la autorización previa son los siguientes: la disolución, escisión y fusión de la sociedad; la enajenación o gravamen de los activos o participaciones necesarios para el

cumplimiento del objeto social; la sustitución del objeto social de la sociedad y; la adquisición directa o indirecta de participaciones sociales, cuando ella tenga por consecuencia la disposición sobre por lo menos el diez por ciento del capital social.

Hemos repasado sucintamente los modelos de "golden shares" en distintos países europeos, con la intención de poner en evidencia, en primer lugar, la subsistencia del interés público aún después de que la empresa pública es privatizada, y en segundo lugar, la necesidad de establecer mecanismos de control sobre determinadas empresas privatizadas, destinados a preservar el referido interés público subsistente. Es cierto que se han suscitado polémicas sobre la constitucionalidad de las normas que consagran este tipo de controles, y sobre todo con relación a la compatibilidad de las mismas, con los artículos 43 y 56 del Tratado de la Comunidad Europea, que regulan la libertad de establecimiento por parte de un Estado miembro en otro Estado, y la libertad de circulación de capitales entre los Estados miembros.

Recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en varias oportunidades se ha pronunciado sobre el asunto. Así en la sentencia del 23 de mayo de 2000 declaró con relación a un caso concerniente a los "poderes especiales" del Derecho italiano, respecto al cual la Comisión de la Unión sostenía la compatibilidad de dichos poderes con el Derecho Comunitario, sólo cuando reúnan los siguientes requisitos: a) Que se apliquen en forma no discriminatoria, b) que se justifiquen por razones imperiosas de interés general, c) que sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue; d) que no excedan de lo que es necesario para alcanzarlo (respeto del principio de proporcionalidad). Apunta LAVILLA RUBIRA (2203), de quien tomamos la referencia jurisprudencial, que en ese caso el Tribunal acogió la tesis sustentada por la Comisión, y decidió atendiendo al contenido de la misma, "que en ningún lugar se dice que dichos requisitos se reúnan en el caso de autos y, en consecuencia, como tales "poderes especiales" confieren a las autoridades italianas una facultad

potencial de discriminación que puede ser utilizada de manera arbitraria, deben reputarse vulnerados los artículos 43 y 56 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea".

De la sentencia transcrita parcialmente se evidencia que el Tribunal no declaró en forma general la incompatibilidad de estos controles administrativos sobre las empresas privatizadas, sino que condicionó su validez a los presupuestos de hecho invocados por la Comisión, y en ese sentido en otro fallo del 4 de junio de 2002, consideró que en un caso en el que era parte Bélgica, país que consagró en su ordenamiento a la "acción específica", concebida como mecanismo de control administrativo de las sociedades privatizadas, que dicha modalidad de "golden share" resultaba compatible con los citados artículos 43 y 56 del referido Tratado. Desde luego, que en esa oportunidad se examinó un caso concreto, y el Tribunal concluyó en que el control obedecía a razones imperiosas de interés general.

En los anteriores fallos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea quedan fijados los términos en que es posible predicar la compatibilidad de la "golden share", en sus diversas modalidades, con el Derecho Comunitario.

15.6. **La actividad de gestión económica de la Administración Pública en Venezuela**.

15.6.1. **La Constitución económica (Sistema jurídico de economía mixta en la Constitución de 1999)**.

15.6.1.1. **Premisa introductoria (el trazado normativo de la Constitución económica)**. Si admitimos como válido el concepto restringido de Constitución económica expuesto anteriormente, esto es, el conjunto de preceptos constitucionales contentivo de principios, valores y en general de reglas que ordenan la vida económica de la sociedad, en el marco de la forma y del concepto de Estado prefigura-

do en el texto constitucional, debemos concluir que en la Constitución de 1999 está claramente delineada una Constitución económica, cuyos trazos básicos también aparecían en la Carta Magna de 1961, la cual no será objeto de examen, pues nos centraremos en la vigente, para intentar formular una proposición, que no conclusión, sobre el sistema jurídico de economía mixta exigido en el programa de estudio. Por lo demás cabe subrayar que básicamente ese fue el concepto manejado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el fallo del 6 de febrero de 2001, al afirmar que "la Constitución Económica se constituye de un conjunto de normas con carácter de directrices generales o principios esenciales..."

En ese orden de ideas, debemos señalar que si se examina la Constitución de 1999, aparecen en ésta, a diferencia de la derogada, dos conjuntos de normas, por cierto bien distanciadas en su ubicación topográfica, pero muy relacionadas conceptual e ideológicamente. Efectivamente, el primer grupo está contenido en el Título III denominado "De los Derechos Humanos y Garantías y de los Deberes", concretamente en su capítulo VII, bajo la siguiente denominación "De los Derechos Económicos", y el segundo grupo en el Título VI denominado precisamente **Del Sistema Socioeconómico,** y pese a que todos los capítulos que lo integran giran en torno al referido sistema, es el Capítulo I tanto por su propio nombre, como por su contenido, el que sirve de eje fundamental de la Constitución económica, y se denomina "**Del régimen socioeconómico y de la función del Estado en la economía".**

A pesar de que el primer grupo de normas recibe el nombre de "Derechos económicos", lo que conduce a pensar que el constituyente en principio quiso incluir en todos los preceptos de ese capítulo verdaderas situaciones activas o de poder, o mejor derechos subjetivos públicos, al punto que forman parte del Título correspondiente a los Derechos Humanos y Garantías, conviene precisar que esa intención no aparece totalmente reflejada en el texto, pues si bien es cierto que en el

mismo aparecen consagrados derechos que entran en la indicada categoría, no es menos cierto que también son recogidas directivas, desde luego, en materia económica, para los Poderes Públicos. En efecto, sin pretender realizar un análisis de los artículos que conforman el referido capítulo, observamos que los derechos consagrados son: la libertad económica en términos muy genéricos (art. 112, primera parte del encabezamiento) la propiedad (art. 115), el derecho de los trabajadores a asociarse en Cooperativas, Cajas de Ahorro y otras similares, para desarrollar cualquier tipo de actividad económica (art. 118), y el derecho, por cierto bastante imperfecto, de los ciudadanos de disponer de bienes y servicios de calidad (art. 117), y las directivas para los Poderes Públicos, que distan bastante de constituir situaciones subjetivas de poder de los ciudadanos, están contenidas en los artículos 112, segunda parte del encabezamiento (deber del Estado de **promover la iniciativa económica, garantizando la creación y una justa distribución de la riqueza** … y adopción de medidas para **planificar, racionalizar y regular la economía**); 113 (prohibición de monopolios, del abuso de dominio y de las demandas concentradas, y previsión de las consiguientes medidas correctivas que debe adoptar el Estado en caso de que se den esas situaciones anómalas, para proteger al público consumidor, y a los productores, así como asegurar **condiciones efectivas de competencia en la economía**), 114 (deber de los Poderes Públicos de sancionar severamente el ilícito económico, la cartelización, el acaparamiento, la usura y otros delitos conexos).

De modo, pues, que el capítulo relativo a los Derechos económicos en la Constitución de 1999 contiene preceptos consagratorios de derechos de esa índole, los menos, pero a la vez trae un conjunto de directivas en materia económica, en mayor número, para los Poderes Públicos. Es cierto que esos derechos y directivas constituyen a la postre reglas que integran a la denominada Constitución económica, motivo por el cual deben ser tomadas muy en cuenta al momento de intentar pronunciarse sobre el modelo económico constitucional venezolano; sin embargo, es necesario advertir que las normas de portada de

la Constitución económica están contenidas en el citado Capítulo I, del Título VII del texto constitucional, por lo tanto se impone armonizar ambos conjuntos de normas para poder emanar el referido pronunciamiento. Debe quedar claro que se tratará de un análisis muy sucinto y hasta elemental, pues hacemos notar que es un tema muy complejo, cuya dilucidación requiere verdaderamente de un trabajo de carácter monográfico, el cual excede los límites de un Manual.

15.6.1.2. **La norma de portada de la Constitución económica (el artículo 299) y el sistema de economía mixta**. Debemos dejar sentado que el Título VII de la Constitución denominado "Del Sistema socioeconómico" está integrado por cuatro capítulos, el primero de los cuales tiene el siguiente rótulo: **DEL RÉGIMEN SOCIOECONÓMICO Y DE LA FUNCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA**, conformado por doce artículos, de los cuales examinaremos únicamente el 299, y sólo nos referiremos someramente a alguno de los otros, así como a los que integran el aludido capítulo sobre los Derechos Económicos, si resulta necesario para el logro de nuestro objetivo. Pues bien, el mencionado artículo 299 constitucional, prescribe:

> "El Régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica, democrática, participativa y de consulta abierta"

El examen de la norma transcrita revela que la técnica seguida en su redacción se ajusta a las prescripciones aconsejadas por la doctrina acerca de la flexibilidad que deben revestir este tipo de disposiciones, que permiten articular el sistema socioeconómico sobre un conjunto de principios, en el caso bajo análisis, como los de **justicia social, democracia, eficiencia, competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, justa distribución de la riqueza e iniciativa pública y privada**. Por lo demás a diferencia de la Constitución Española, la Asamblea Nacional Constituyente rechazó categóricamente, la proposición del constituyente Brewer de calificar el sistema socioeconómico como de **economía social de mercado**.

Planteada de esa manera la situación no cabe duda que el análisis del artículo 299 transcrito, en concordancia, entre otros, con los artículos 112, 113 y 115, constitucionales, revela claramente la voluntad de la Constitución de consagrar un **sistema de economía mixta**, en el cual como lo enseña la doctrina sus ejes vertebradotes son el **Estado y el mercado**. El Estado mediante la utilización de sus muchas o pocas potestades de intervención en la economía y de la intensidad de las mismas, según el respectivo ordenamiento, y el libre mercado presidido por los principios de la libertad de empresa y obviamente por la libre competencia, en la medida en que sea establecido en el ordenamiento de que se trate.

En el caso que nos ocupa se puede afirmar, en términos generales, que tales ejes aparecen claramente determinados en el artículo 299, cuando, por una parte, se le atribuye al Estado el deber de intervenir en la economía para lograr la justicia social, atribución que no es más que una expresión concreta de la cláusula del Estado social, contenida en el artículo 2 constitucional, y cuando, por la otra, se erige a la iniciativa privada en la economía como un factor fundamental, para el desarrollo armónico de la economía nacional, y a la libre competencia que debe ser garantizada por la intervención del Estado, en la cobertura legal indispensable para el funcionamiento del libre mercado, tal como por lo

además aparece consagrado en el artículo 113, que prohíbe los monopolios y obliga a dictar las medidas correctivas necesarias para evitar sus prácticas, y para asegurar las condiciones efectivas para que se realice la competencia en la economía, para cuya mejor aplicación en la disposición transitoria decimoctava ordena la creación del organismo encargado de la supervisión, control y fiscalización de ese principio, y de los otros previstos en el citado artículo 113 constitucional.

15.6.1.3. **Las razones que privan para postular la existencia de un sistema de economía mixta, en la modalidad de "economía social de mercado"**. Pese a la negativa de los constituyentes a definir en la Constitución al sistema económico como economía social de mercado, un ejercicio hermenéutico acerca de las normas que delinean a la Constitución económica conduce inevitablemente a agrupar principios que encuadran en la intervención del Estado en la economía, entre los cuales cabe destacar, los de justicia social, protección del ambiente, desarrollo humano integral, justa distribución de la riqueza y planificación estratégica y participativa, y principios que encuadran en el libre mercado, entre los cuales destacan, la libre iniciativa económica, la libre competencia, la prohibición de monopolios, la libertad de trabajo, de comercio e industria y el derecho de propiedad, todo lo cual conduce a reiterar la intención del constituyente de consagrar un modelo económico constitucional mixto, sustentado en el Estado y en el mercado, que inclusive puede ser calificado como **sistema de economía social de mercado**, pues así lo impone por lo demás la cláusula del Estado social contenida en el artículo 2 constitucional.

Consideramos que sobre el carácter mixto del sistema constitucional económico venezolano no existe ninguna duda, porque además fue el que privó durante la vigencia de la Constitución de 1961, y así lo reconoció en varias sentencias la extinta Corte Suprema de Justicia, y aunque el delineado en la Constitución de 1999 parece mejor concebido y sistematizado, sobre la base de los indicados postulados principistas, sigue siendo un sistema mixto, ahora ciertamente con un mayor

acento de la intervención estatal, sin que ello autorice a sustentar a priori la primacía del Estado sobre los particulares en la economía. Así fue reconocido por los proponentes del capitulo I, del Título VII de la Constitución, que representaban a la casi totalidad de los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, y por el mismo constituyente Brewer, quien propuso que se calificara al sistema como de economía social de mercado, sólo a los fines de una mejor precisión del mismo, mas no porque negara el referido carácter mixto.

En nuestro criterio el punto nodal del asunto no radica, por las razones antes expuestas, en la calificación de mixto o de economía social de mercado del modelo consagrado en la Constitución de 1999, sino más bien en determinar si esa consagración está concebida de tal manera que en realidad revista lo que la doctrina denomina un carácter neutral, esto es, que la flexibilidad con que aparecen redactadas las normas económicas, permitan denotar un total equilibrio entre Estado y mercado, de tal manera que pueda hablarse de complementariedad mutua, y no de subsidiariedad. En efecto, predicar la subsidiariedad, como lo hacen algunos autores, implica que el rol del Estado en el sistema de economía mixta, tendría un carácter secundario es decir, con un claro predominio del mercado sobre el Estado, el cual actuaría solamente en aquellos espacios económicos no ocupados por los particulares, u ocupados en forma ineficiente, limitándose básicamente a regular la libre competencia.

Rechazamos esa tesis que relega la intervención del Estado en la economía a un papel secundario, pues la idea de un sistema de economía mixta debe reposar en el señalado y adecuado equilibrio entre Estado y mercado, siendo las circunstancias particulares presentes en cada país, las que en un momento determinado puedan aconsejar el predominio de uno u otro, y sobre todo en el marco de esa perspectiva jurídica, puede jugar un papel relevante la orientación ideológica o política del gobierno de turno, sin que en ningún caso sea admisible ni la eliminación total de la iniciativa privada, ni tampoco la eliminación de la

intervención estatal en la economía, pues ello supondría una clara violación a las normas constitucionales que erigen el aludido sistema mixto. Queda entonces por determinar si el trazado constitucional del modelo económico venezolano, visto que se trata de un sistema mixto, y más concretamente un sistema de economía social de mercado, configura ese equilibrio, o permite predicar la preponderancia de la intervención estatal sobre el libre mercado, o viceversa.

15.6.1.4. **Las características del sistema de economía mixta delineado en la Constitución de 1999 (neutralidad de las normas o preponderancia del Estado o del mercado)**.

15.6.1.4.1. **La cláusula del Estado social prevista en el artículo 2 constitucional y el sistema de economía mixta**. En principio cabe advertir que la configuración en la Constitución de 1999, de Venezuela en forma expresa y explícita, a diferencia de la Constitución derogada, como un **Estado social** implica que la Administración Pública está obligada a prestar servicios a los ciudadanos, es decir, a otorgarle prestaciones en materia de educación, transporte, vivienda, agua, salud, etc., sobre todo a los de menores recursos, y para cumplir ese cometido esencial necesariamente debe intervenir en la vida económica de la sociedad, privilegiando cuando sea necesario el interés general sobre el interés particular, la justicia social sobre el repartimiento de beneficios, la solidaridad sobre la eficiencia.

Se trata del reconocimiento de los derechos sociales de los ciudadanos, cuyo sustrato es diferente al ámbito de libertad implicado en los derechos individuales, propios de las Constituciones del Siglo XIX, en virtud de que alude a prestaciones exigibles por los ciudadanos, las cuales deben ser asumidas obligatoriamente por el Estado. Por supuesto, que para cumplir con esas prestaciones comprendidas en la cláusula del Estado social, se requiere que la Administración detente potestades que le permitan intervenir en la vida económica de la sociedad. Potestades de intervención que como es sabido pueden ser

de ordenación o de policía administrativa, verbigracia fijación de precios y salarios, de servicio público, como por ejemplo las prestaciones en materia de salud, de fomento, como en el caso del otorgamiento de subvenciones para estimular determinadas actividades económicas de los particulares y de intervención directa en la economía, en la cual puede incluirse la actividad de planificación, como por ejemplo, la utilización de las empresas públicas (PDVSA, METRO, VENALUM), y el Plan Nacional de Desarrollo. De modo, pues, que el Estado venezolano dispone, además constitucionalmente, de los medios para tornar efectiva la cláusula del Estado social, a través de la intervención en la economía.

Pues bien, si existe una relación, como al parecer existe, puesta en evidencia desde la Constitución de Weimar, entre Estado social y Constitución económica, ahora inclusive de mayor intensidad, ya que no se reduce al cumplimiento de las obligaciones derivadas de los derechos sociales constitucionales, sino que va mucho más allá porque traza el marco jurídico de la economía como un todo, o sea en forma global, debe concluirse que el sistema mixto de economía contenido en la Constitución, en realidad se concreta en la modalidad de la economía social de mercado. Por lo demás así lo reconoce el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, en la aludida sentencia del 6 de febrero de 2001, al puntualizar que "…la Constitución Económica se constituye de un conjunto de normas con carácter de directivas generales o principios generales que garantizan una economía **social** de mercado, que se inspiran en el fin de la justicia social…"

15.6.1.4.2. **La modalidad del sistema de economía social de mercado y la posibilidad de predicar la neutralidad de las normas que integran la Constitución económica**. Cabe preguntarse entonces si un sistema de economía social de mercado puede ser diseñado a través de un conjunto de normas constitucionales, que debido a su flexibilidad puedan ser calificadas de neutrales, y en consecuencia permitan la concurrencia en forma equilibrada entre Estado y mercado.

Y precisando aún más la anterior interrogante: ¿consagrar expresamente la cláusula del Estado social de derecho en los albores del siglo XXI (1999), no significa acaso que los constituyentes, o mejor la Constitución, quiere decantarse por un sistema de economía social de mercado en el cual prive, atendiendo al interés general, la intervención del Estado en la economía, sobre los particulares o el mercado?

Al respecto conviene recordar que si bien esa cláusula puede tener su origen implícito en la Constitución de Weimar, en realidad es en las Cartas promulgadas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial en las que llega a encontrar plena vigencia, e igualmente resulta conveniente destacar que su inclusión en la Constitución española de 1978, generó una gran polémica, debido a que algunos pensaban que para esa fecha su consagración expresa podía resultar contraproducente con el principio de la economía de mercado. Esa polémica condujo a que resultase matizada en el artículo 38 de dicho texto, que preceptúa: "**Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado**…". De modo, pues que en el año 1978, cuando todavía Europa no había sido efectivamente tocada por la ola de liberalización, privatización y globalización que se impuso a mediados de la siguiente década, y sobre todo en la de los noventa del siglo XX, se trató de armonizar esa cláusula con la declaración expresa acerca de la vigencia tanto de la economía de mercado, como de la libertad de empresa, lo que ha permitido a un sector de la doctrina predicar la neutralidad de las cláusulas que integran la Constitución económica española, y por tanto, la concurrencia equilibrada entre la iniciativa privada y la iniciativa pública en materia económica. Ha sido precisamente esa tesis la que ha permitido el proceso acelerado de liberalización y privatización del sector público de la economía que se inició en ese país en los primeros años de la década de los noventa del siglo XX.

Parece lógico entonces que sea en el contexto de ese marco conceptual, que deba intentar determinarse si el modelo de economía social de mercado delineado en la Constitución de 1999, está sustenta-

do en normas que revelan el carácter neutral de las mismas, o por el contrario, ellas evidencian "ex novo", a diferencia de la Constitución de 1961, una primacía del Estado sobre el mercado, lo que desnaturalizaría parcialmente esa nota de neutralidad. En ese orden de ideas, observamos que la sola introducción de la cláusula del Estado social, sin ningún tipo de matización, conduce "prima facie" a sostener en la concurrencia entre Estado y mercado, propio del sistema de economía mixta, en el caso venezolano, la primacía corresponde al primero.

En efecto, hacia esa opción aconseja la evolución constitucional, pues si bien la consagración expresa de la cláusula del Estado social, era casi obligada en las Constituciones de la Europa de la postguerra, no ocurría lo mismo en la Venezuela de 1999, donde el fenómeno de la globalización económica estaba presente y patente, además el país era parte de sus expresiones institucionales, destacando entre dichas expresiones, la Organización Mundial del Comercio, por sólo referirnos a una sola de ellas. Seguramente también los constituyentes tuvieron en mente las experiencias, tanto beneficiosas como traumáticas, en materia de privatización de servicios y empresas públicas de mediados de la década de los noventa (CANTV, VIASA, AEROPOSTAL, SIDOR, etc.).

De allí que todo apunta hacia la idea de que la decisión de incluir en forma expresa e indubitable en la nueva Constitución la cláusula del Estado social, obedeció a un proceso de reflexión y discusión por parte del bloque mayoritario de la Asamblea Nacional Constituyente, el cual aparecía signado por una clara orientación ideológica y política de izquierda, razón por la cual en ese contexto no resulta desacertado erigir dicha cláusula en un parámetro básico para interpretar a las normas de la Constitución económica, lo que permitiría sin llegar a preconizar el estatalismo extremo, sostener que en el aludido sistema de economía social de mercado, debería primar la intervención del Estado sobre el libre mercado.

Por supuesto, que se trata de una visión preliminar del asunto, inferida de la tradicional relación de causalidad que en materia constitucional se ha establecido entre Estado social y Constitución económica, así como también del hecho de que la cláusula del Estado social se haya incluido en el año 1999, haciendo abstracción de los ostensibles fenómenos de globalización y liberalización de la economía. Queda ahora por esclarecer si esta visión preliminar del asunto se corresponde con el contenido sustantivo de las normas que delinean al modelo económico.

15.6.1.4.3. **La primacía del Estado derivada de la relación entre la cláusula del Estado social y la Constitución económica, y el contenido sustantivo de las normas sustantivas que integran a ésta**. Debemos subrayar que en teoría aun en el caso de que la Constitución trace un sistema de economía mixta, que pueda ser calificado como economía social de mercado, es posible predicar la neutralidad de las normas que lo integran, y en consecuencia un equilibrio en la concurrencia de los privados y del Estado en la economía de un país, pero para que ello ocurra es necesario que el contenido sustantivo de la respectiva normativa constitucional también revele ese equilibrio en el sentido de compensar las implicaciones conceptuales de la cláusula del Estado social, entre ellas la justicia social como meta del sistema económico, con una definición clara de la libertad de empresa, y una calificación o alusión, también muy clara, al sistema de economía de mercado, tal como aparece concebida, por ejemplo, en la Constitución española. Por supuesto que el español es sólo un modelo, pero lo importante y hasta necesario es que exista dicha matización constitucional.

Como expresamos antes, el carácter neutro que suele predicarse de las normas constitucionales económicas que delinean un sistema de economía mixta, posibilita que en determinadas circunstancias, mediante el correspondiente proceso hermenéutico, el modelo pueda ajustarse a dichas circunstancias, o mejor dicho a la realidad social, desde luego,

dentro de los límites fijados por la Constitución. Para que se comprenda mejor la situación señalada, vale la pena traer a colación el ejemplo de la mayoría de los países de Europa, todos o casi todos con textos constitucionales que recogen expresa o implícitamente sistemas de economía mixta, consagrados después de la Segunda Guerra Mundial, para sustituir el anterior sistema liberal clásico.

Pues bien, con la entrada en vigencia de esos nuevos textos, coloreados por la cláusula del Estado social, el Estado pasó a jugar un papel protagónico en la economía, al punto que se produjeron procesos de nacionalizaciones en países como Gran Bretaña y Francia, y en otros creció geométricamente el sector público a través de la creación de las denominadas empresas públicas, de tal manera que hasta la década de los ochenta del siglo XX el papel del Estado en la economía resultaba muy relevante en el marco del sistema de economía mixta contemplado en las Constituciones, por supuesto sin llegar a suprimir a la iniciativa privada.

A mediados de la década de los ochenta del aludido siglo, la Europa comunitaria comienza a sentir los efectos de la globalización económica, evidenciándose la necesidad de adentrarse rápidamente en la misma, so pena de quedar relegada en el mundo occidental, sobre todo frente a EE.UU. y Japón. Es así como se produce un vuelco en la economía de la mayoría de los países europeos, con la finalidad de privilegiar el protagonismo del mercado sobre el Estado, propiciando al máximo el ejercicio de la libertad de empresa, y garantizando mediante autoridades o administraciones independientes la plena vigencia de la libre competencia, razón por la cual se inicia un proceso acelerado de privatización de casi todas las empresas públicas, y al mismo tiempo se "despublifican" casi todos los servicios públicos, de tal suerte que el sector público de la economía se va reduciendo hasta llegar en la actualidad a su mínima expresión.

Ha de advertirse que el respeto a la Constitución impuso la búsqueda de fórmulas jurídicas, sobre todo en el área de los servicios

públicos, para asegurar la satisfacción de las necesidades de la colectividad derivadas de esos servicios (obligaciones de servicio público, servicio universal). Pero lo que nos interesa destacar es que como resultado de ese complejo proceso sustentado en el principio de la neutralidad de las normas económicas, se invirtió radicalmente el rol de los privados en la economía, y por ende, se privilegió el mercado sobre la intervención del Estado.

El ejemplo anterior demuestra cómo en la práctica bajo un sistema constitucional de economía mixta, son las realidades económicas, políticas y sociales las que en un momento determinado provocan un cambio sustancial en la aplicación del modelo económico, en orden bien a la primacía del Estado o a la primacía del mercado. Sin embargo, lo que resulta inaceptable constitucionalmente –insistimos– es que sobre la base de una tesis hermenéutica extremista, se pretenda suprimir el mercado o suprimir la intervención del Estado en la economía; no obstante, como actualmente resulta difícil imaginarse la implantación de un sistema económico liberal puro, o un sistema económico estatal puro, sería mejor afirmar que lo que resulta inadmisible es un predominio de uno o del otro factor que llegue a desnaturalizar el modelo querido por la Constitución, al consagrar el sistema de economía mixta.

Ahora bien, el ejemplo europeo revela una interpretación sensata de la Constitución económica, pues si bien implica postular una primacía del mercado abierto y de la libre competencia, a la vez preserva las líneas conceptuales del Estado social, y lo que es más importante el respeto a los postulados del sistema de economía mixta, cuya vigencia se mantendrá incólume aun cuando prive uno de los dos factores sobre los cuales aparece montado dicho sistema. Pero esa primacía también, como expresamos antes, debe ser equilibrada, so pena de configurar una infracción constitucional. Pues bien, solamente cuando las normas que integran la Constitución económica permiten formular, sin mayores discusiones, una tesis interpretativa como la antes expuesta, es posible predicar su debida flexibilidad, y en definitiva su neutralidad.

Sin embargo, puede ocurrir que de los postulados económicos constitucionales se infiera sin mayor esfuerzo interpretativo una clara primacía de uno de los factores vertebradores del sistema de economía mixta, sobre el otro, caso en el cual se dificulta mucho predicar la neutralidad de las normas que integran la Constitución económica. Al parecer esa es la situación que se desprende de la normativa de la Constitución de 1999, en la cual el examen global de los preceptos que integran los capítulos relativos a los Derechos económicos y al régimen socioeconómico y de la función del Estado en la economía, revela el carácter protagónico del Estado sobre el mercado, por las siguientes razones: Primera: La variable fundamental sobre la cual se erige todo el sistema económico es la justicia social (art. 299), que si bien es un concepto jurídico indeterminado, denota una significativa carga ideológica, y no es más que un trasunto de la cláusula del Estado social (art. 2). Frente a esa variable indicativa de la presencia del Estado se coloca a la libertad económica, prevista en el artículo 112 constitucional, pero sujeta a los límites que por razones de desarrollo humano, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social establezcan las leyes. Ahora bien, una simple comparación de esas dos variables indica "prima facie" el predominio teórico de la primera.

Segunda: Cuando se examinan las mencionadas variables, observamos que la Constitución a los fines de su realización (justicia social y libertad económica) las acompaña con otras que las complementan o perfeccionan, pero tal acompañamiento que debería ser tendencialmente proporcional, en definitiva es superior en el caso de la justicia social. Así, la justicia social es complementada con la justa distribución de la riqueza, con la solidaridad, la protección del ambiente, la generación de fuentes de trabajo, la función social de la propiedad, el desarrollo armónico de la economía y la planificación, racionalización y regulación de la economía. La libertad económica, es complementada por la libre competencia, la prohibición de monopolios, la productividad, la eficiencia, el derecho de propiedad y la libertad de industria y comercio; de modo, pues, que los elementos condicionantes de la intervención del Estado, fundamentada

básicamente en el logro de la justicia social, en la economía no sólo son superiores cuantitativamente, sino cualitativamente.

Tercera: En el marco de la iniciativa económica, concurren en principio en igualdad de condiciones los privados y el Estado, pues si bien el artículo 112 faculta a los primeros, con las limitaciones indicadas, para dedicarse a la actividad económica de su preferencia, el artículo 300, autoriza al Estado para que constituya, de conformidad con las previsiones legales, las empresas públicas en el área económica que considere conveniente, de tal manera que no puede predicarse la subsidiariedad de uno respecto al otro, y mucho menos del Estado respecto al mercado. Por otro lado, el examen de otras disposiciones de las que integran la Constitución económica, evidencia una posición favorable al Estado. En ese orden de ideas resultan emblemáticos el artículo 302, que consagra la figura de la **reserva** de la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico, y eventualmente las nacionalizaciones, el 303, que establece la **prohibición de vender las acciones** de PDVSA, el 305, que alude al deber del Estado a garantizar la **seguridad alimentaria**, y en tal sentido le confiere potestades que exceden en el ámbito económico las reglas ordinarias del mercado abierto y de la libre competencia. Y así se podrían continuar citando otras normas, como las relativas a la protección de la pequeña y mediana industria (308), al desarrollo rural integral (306) y a la prohibición del régimen latifundista (307), de las cuales se derivan significativas potestades de intervención del Estado en la economía, que ponen en evidencia un desequilibrio entre Estado y mercado. Nótese que no emitimos un juicio de valor sobre las mismas, y que sólo las traemos a colación para intentar poner en el tapete que la Constitución venezolana, ciertamente traza un sistema de economía mixta, pero el mismo a la luz de las indicadas normas, así como de las potestades conferidas en ella, está más inclinado hacia el Estado, que hacia el mercado.

Más aún, en el poco tiempo que tiene de vigencia la Constitución de 1999, el Estado sigue siendo el mayor **prestador** de servicios públicos, pues la "despublicatio" de los mismos ha sido mínima o inexistente; sigue siendo un Estado **promotor o fomentador**, inclusive en demasía, pues llega hasta a desnaturalizar esta clase de actividad, cuando, por ejemplo, dicta recientemente un decreto mediante el cual a los fines teóricos de promover la pequeña y mediana empresa, se impone como regla el método de la adquisición directa, soslayando el procedimiento de licitación pública, que como se sabe juega un papel importante en una economía de mercado; sigue siendo un estado **excesivamente regulador**, que no neorregulador, al punto que recientemente ha vuelto al régimen del control de precios de los alimentos (Resolución N° 050 del Ministerio de la Producción y el Comercio) y al control de divisas (Convenios Cambiarios N° 1 y 2 del 5-02-03) por sólo citar los ejemplos más destacados; e igualmente sigue siendo un Estado **empresario**, pues el sector público no sólo no ha decrecido, sino que por el contrario se ha incrementado mucho, inclusive en sectores neurálgicos como el bancario, con la creación del Banco de Desarrollo Económico y Social, del Banco de la Mujer y del Banco del Pueblo Soberano, por cierto excluidos de la supervisión y vigilancia de la Superintendencia de Bancos.

En fin, la experiencia a la luz del sistema de economía social de mercado, consagrado en la Constitución revela hasta ahora el predominio del protagonismo del Estado, el cual por lo demás pareciera, en principio, debido a la señalada conformación del sistema, ajustado a las previsiones constitucionales. De todas maneras, reiteramos que aun cuando, en nuestro criterio, la Constitución económica está configurada en la forma antes indicada, nada obsta para que en virtud de la voluntad del constituyente de crear un sistema mixto de economía, en un momento determinado pueda pasar a tener primacía la intervención de los particulares en la economía, e inclusive que pueda plantearse que algunas de las actuales intervenciones del Estado, teóricamente permitidas, puedan resultar contrarias contextualmente a dicho modelo.

Sin embargo, tampoco dejamos de reconocer que debido a la conformación normativa de la Constitución económica, de la cual, en nuestro criterio, tal como lo explicitamos en los párrafos precedentes, se desprende una clara voluntad constitucional de consagrar un sistema de economía social de mercado, con predominio de la intervención del Estado sobre el mercado, que no va a ser una tarea sencilla elaborar una tesis interpretativa que conduzca a corto o a mediano a plazo a reducir significativamente el sector público de la economía, mediante un proceso intenso de privatización de empresas públicas, y de "despublicatio" de algunos servicios públicos, en el cual el Estado pase a jugar un papel, como ocurrió en Europa en la década de los noventa del siglo pasado, de neorregulador y garante de la libertad de competencia y del mercado abierto, por supuesto preservando la satisfacción de necesidades colectivas atendidas por servicios públicos, acudiendo a la nueva concepción del servicio público, o a otras fórmulas jurídicas que garanticen preservación de la satisfacción de las necesidades colectivas.

En efecto, insistimos en que el tejido de la Constitución económica impone que una tesis que en un momento determinado pretenda otorgarle primacía a los particulares en el sistema económico, en el sentido antes indicado, no puede ser el resultado de una labor exclusiva de hermenéutica jurídica, pues esa labor debe ser posible después de llegar a un consenso que sea el producto del concurso de las fuerzas sociales, políticas y de la sociedad civil, ya que de lo contrario puede producirse un conflicto, en el cual los sectores que invoquen la ilegitimidad de esa tesis, seguramente encontrarán un respaldo en los postulados constitucionales. De allí pues, que el tránsito hacia una idea jurídica de neutralidad de la Constitución económica pasa por valorar y ponderar importantes variables extrajurídicas.

En conclusión, el texto constitucional de 1999 traza un sistema económico de economía mixta, en la modalidad de economía social de mercado, del cual se desprende el predomino de la intervención en la Economía del Estado, sobre el libre mercado, lo que no obsta para

transitar la vía de la interpretación contextual afincada en el sistema de economía mixta, que subyace lógicamente al modelo de economía social de mercado, y propugnar en determinado momento la primacía del mercado, esto es, el pleno desenvolvimiento de la libertad económica en un marco de libre competencia, y en definitiva de un mercado abierto. Pero para ello se requiere necesariamente dado el contenido sustantivo de las normas constitucionales económicas –insistimos– el referido consenso de las fuerzas sociales.

15.6.2. **Las nacionalizaciones en Venezuela.**

15.6.2.1. **Premisa introductoria (acerca de la inexistencia de la figura de la nacionalización en Venezuela)**. Es necesario señalar que en estricta puridad conceptual, aun teniendo en cuenta las dificultades que siempre se han suscitado en la doctrina para definir a la nacionalización como una figura jurídica autónoma, en el ordenamiento jurídico venezolano no está contemplada dicha figura. Ciertamente no lo estaba ni en la Constitución 1961, ni tampoco está en la de 1999. En efecto, hemos dicho que el núcleo fundamental del concepto de nacionalización desde la perspectiva jurídica es la transferencia coactiva por obra de la Constitución o de la Ley, de bienes, recursos o empresas de los particulares al Estado, o si se prefiere a la Nación. Originalmente la nacionalización ni siquiera comportaba indemnización, pero posteriormente pasó a ser un elemento esencial de ella.

En otros términos, la nacionalización cuando se juridifica aparece montada sobre las siguientes variables: la referida transferencia de la propiedad bienes de los privados, al Estado; la indemnización –después de 1945– que debe pagarse a los propietarios, y la invocación del motivo político o ideológico que se puede traducir en general en la tutela del interés general, y excepcionalmente en la transformación del modo de producción. Por tanto, juridificar a la nacionalización implica la construcción de un entorno normativo que le sea aplicable directamente. En ese orden de ideas, si existe la voluntad de consagrar a la

nacionalización en un determinado Estado, dada la carga ideológica y política que históricamente ella ha comportado, ello implica, inclusive por razones de seguridad jurídica tanto en el ámbito nacional como internacional, que ese entorno jurídico, aunque sea susceptible de críticas, debe quedar delineado en la forma más clara posible.

Y en esa línea argumental hipotéticamente siguen siendo útiles –en un escenario jurídico– las Resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas antes comentadas, en virtud de que en esos instrumentos la nacionalización es concebida como un derecho de los pueblos, que constituye un ejercicio de su soberanía, condicionado al pago de la correspondiente indemnización, cuyo monto y forma de pago debe ser determinado en la Ley del Estado que nacionaliza. Además cualquier controversia que pueda surgir con los propietarios de los bienes nacionalizados debe ser resuelta exclusivamente conforme a la legislación nacional. De modo pues, que en la construcción del aludido entorno jurídico, o mejor el régimen jurídico de la nacionalización, pareciera que debería jugar un papel relevante ese modelo, con las debidas adaptaciones, como efectivamente ha ocurrido en los países que han dictado leyes de nacionalización.

Pues bien, basta comparar la situación del ordenamiento jurídico venezolano con ese marco doctrinario, para concluir que en Venezuela no está prevista la figura de la nacionalización, pese las conocidas "nacionalizaciones" del hierro y del petróleo de la década de los setenta del siglo pasado. En efecto, en primer lugar, el texto constitucional no prevé ni explícita ni implícitamente a la nacionalización. Tampoco está prevista en un texto de rango legal, en la hipótesis que pudiera ser considerada como un límite al derecho de propiedad; en segundo lugar, la figura de la **reserva,** pese a la práctica que ha imperado en Venezuela durante mucho tiempo, que examinaremos en el próximo acápite, no puede ser considerada jurídicamente equivalente a la nacionalización, pues como lo veremos más adelante, mediante el acto de reserva contemplado en el artículo 302 constitucional, el Estado elimina

para determinado sector de actividad económica, la libertad económica y la libertad de empresa de los particulares, sin que ello, de suyo, comporte la transferencia de la propiedad de los bienes, recursos o empresas de particulares que operaban en el mencionado sector.

Por tanto, la reserva, por cierto prevista, como lo explicaremos más adelante, desde la Constitución de 1936, no comporta en teoría transferencia de la propiedad de bienes de los particulares, al Estado, inclusive en aquellos casos en que estuviesen siendo utilizados en la realización de actividades en el correspondiente sector económico reservado, ya que una vez declarada la reserva perfectamente la Administración puede acometer la gestión del sector con sus propios medios. Sin embargo, resulta lógico pensar que el Estado, por razones estrictamente económicas o de servicio público, pretenda continuar realizando la gestión sin interrupciones, razón por la cual requerirá de las empresas, los recursos o los bienes utilizados por los privados en la gestión del mencionado sector.

Es en ese supuesto en que de manera indirecta puede el Estado nacionalizar desde el punto de vista sustantivo esos bienes, es decir, obtener la transferencia de los mismos a su patrimonio, pero para ello no puede recurrir a ningún entorno o conjunto normativo regulador de la figura de la nacionalización, porque éste, insistimos, resulta totalmente inexistente, y se impone entonces acudir a las otras figuras contempladas en el ordenamiento jurídico para la adquisición de bienes, verbigracia la compra venta, la dación en pago, y finalmente la expropiación por causa de utilidad pública o de interés general.

Debe convenirse en que la transferencia de la propiedad posterior al acto de reserva no encuentra su fundamento en el régimen jurídico de la nacionalización, sino en el régimen ordinario de adquisición de bienes por parte del Estado, cuya aplicación puede conducir inclusive, como ya anotamos, a la expropiación por causa de utilidad pública o de interés general, con la particularidad de que la aplicación

de esta figura a los fines de sustituir al mecanismo de la indemnización, sin dudas necesario en el ordenamiento jurídico, puede traer graves problemas para el Estado, dado que perfectamente los propietarios a quienes se pretenda expropiar los bienes pueden invocar la aplicación de la norma contenida en el artículo 115 constitucional, es decir, que la expropiación sea declarada mediante sentencia firme y **pago oportuno de justa indemnización**.

Demás está advertir que esa posición resulta aparentemente fundada en derecho, porque la indemnización reclamada no es la regulada como elemento consustancial al proceso de nacionalización en el cual, como vimos en su oportunidad, no rige el concepto de **pago oportuno de justa de indemnización**, y además en la determinación de la misma resulta válido tomar en consideración otros elementos peculiares de la situación de los bienes nacionalizados, como ocurrió en Chile en el caso de la nacionalización del cobre, con las denominadas **rentabilidades excesivas** obtenidas por las empresas nacionalizadas.

De modo, pues, que si como consecuencia de la declaratoria de reserva, el Estado pretende adquirir los bienes de los operadores del sector, no resulta nada desacertado que éstos, ante la inexistencia de un régimen particular de nacionalización, invoquen el régimen ordinario de adquisición de bienes por parte del Estado, en el cual está incluida la expropiación, pero sujeta a juicio y al **pago oportuno de justa indemnización**.

Es verdad que el Estado puede dictar una ley de reserva y en la misma derogar los principios sobre la expropiación contenidos en el citado artículo 115 constitucional, como ocurrió en el caso la "nacionalización" del petróleo en 1975; no obstante, conviene recordar que dicho régimen no llegó a aplicarse en aquella oportunidad, en virtud de que el Estado llegó a acuerdos amigables con las concesionarias. La misma situación se presentó con la "nacionalización" del hierro de 1974. Sin embargo, cabe preguntarse si de no haber sido posible la celebración

de esos acuerdos, acaso los interesados no habrían invocado la incompatibilidad de las normas de esos instrumentos jurídicos contentivos del régimen especial de expropiación, derogatorio del previsto en la Ley especial, con la Constitución vigente para la época. Y actualmente la interrogante sería si bajo la Constitución de 1999 podrían pasar el test de compatibilidad constitucional, disposiciones similares a las contenidas en la ley y el decreto ley de "nacionalización" del petróleo y del hierro respectivamente, que fueran incluidas en una ley de reserva.

Por supuesto que la situación resulta controvertida, pero en nuestro criterio ante la existencia de un régimen jurídico especial de nacionalización, resulta un tanto difícil predicar esa constitucionalidad, pues significaría obviar el cabal sentido de un límite estricto al derecho de propiedad, como el previsto en el citado artículo 115, para extrapolarlo a una situación igual (adquisición coactiva de bienes) modificándolo a través de una norma legal, invocando implícitamente una nacionalización indirecta.

En fin, queda demostrado que ni textual ni contextualmente aparece consagrada en la Constitución la figura de la nacionalización, cuya existencia, si se considera como su núcleo esencial la transferencia de bienes de los privados, al Estado, se puede llegar a predicar sólo por vía indirecta, a partir de determinadas circunstancias en que se declare la reserva de conformidad con el artículo 302 de la Constitución, y en principio acudiendo a las instituciones ordinarias de adquisición de bienes privados por parte de la Administración Pública.

15.6.2.2. **Las "nacionalizaciones indirectas" en Venezuela**. Debido a que este es un Manual que tiene un carácter básicamente didáctico, pese a que en el punto anterior afirmamos que no existe la figura de la nacionalización en el ordenamiento jurídico venezolano, no podemos desconocer que tanto a nivel académico como a nivel popular se habla corrientemente de nacionalización, sobre todo a partir de las "nacionalizaciones" del hierro y del petróleo, producto de un decreto ley

y de una ley orgánica dictados en los años 1974 y 1975 para darle aplicación, o mejor desarrollar el artículo 97 de la Constitución de 1961. Por tal razón nos referiremos en forma sucinta al proceso de "nacionalización del petróleo", por ser el más emblemático.

Ahora bien, como es sabido la "nacionalización" del petróleo se realizó mediante la Ley Orgánica que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos del 29 de agosto de 1975, la cual encontraba respaldo constitucional en el artículo 97 de la Constitución derogada, que consagraba la figura de la reserva así: "… El Estado podrá reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional y propenderá a la creación y desarrollo de una industria básica pesada bajo su control".

Como su propio nombre lo indicaba, la figura central de la Ley era la **reserva**, la cual aludía en el artículo 1° a la exploración en busca de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos; a la explotación de yacimientos de los mismos, a la manufactura, a la refinación, transporte por vías especiales y almacenamiento, el comercio interior y exterior de las sustancias explotadas y refinadas y a las obras que su manejo requiriese. Por supuesto, que debido a esa amplísima declaratoria de reserva en materia de hidrocarburos, todos los operadores privados debían cesar en la realización de las mencionadas actividades en el indicado sector.

Es preciso destacar que ese mismo esquema normativo precisó la fecha de cesación, al prescribir que "quedarán extinguidas las concesiones otorgadas por el Ejecutivo Nacional, y la extinción se hará efectiva el día treinta y uno de diciembre de 1975". Al mismo tiempo la reserva, por obra de Ley, originó un monopolio estatal, pues de conformidad con el artículo 5 de dicho texto legislativo, a partir de ese momento correspondía al Estado ejercer todas las actividades enumeradas en el artículo 1, objeto de la reserva.

Ha de advertirse que teniendo la industria manejada por los concesionarios un carácter fundamental para el desarrollo económico

del país, no bastaba la cesación en sus actividades, antes por el contrario, era indispensable que dicha industria continuara funcionando, y la voluntad legis, era, como señalamos antes, que la Administración debía manejar en forma exclusiva la industria, para lo cual requería todos los bienes de los concesionarios utilizados hasta la fecha de la reserva; de allí que por un imperativo, que puede calificarse hasta de natural, debía producirse la transferencia de dichos bienes de manos de los particulares al Estado.

Por esa razón la Ley estableció disposiciones destinadas a adquirir, no las empresas concesionarias porque casi todas ellas estaban constituidas en el extranjero, y sólo domiciliadas en Venezuela a tenor de lo pautado en el artículo 354 del Código de Comercio, lo que impedía en aquella época la transferencia de las acciones en Venezuela, o sea, la compra de las empresas concesionarias. Por esa razón el legislador diseñó un sistema para la compra de los derechos que esas compañías tenían sobre los **bienes afectos a las concesiones** de las que eran titulares, bajo dos modalidades: el arreglo amigable, o avenimiento como lo llamaba la Ley, que era el resultado de una oferta de indemnización por los referidos bienes que debía formular la Administración a los concesionarios, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la promulgación del texto legal, quienes debían responder en el plazo de quince días. De lograrse el avenimiento, que fue lo que efectivamente ocurrió, el acta de avenimiento correspondiente debía ser sometida a las Cámaras en sesión conjunta del extinto Congreso para su aprobación. El acta de avenimiento servía al Estado como título de propiedad de los derechos y bienes objetos del avenimiento (art. 12).

Ya afirmamos que esa fue la vía seguida para indemnizar a los concesionarios, pero es necesario señalar que la Ley contenía las previsiones correspondientes para el caso de que las empresas decidieran no arreglarse amigablemente en los términos antes enunciados, y por supuesto estaban referidas a un procedimiento especialísimo de expropiación, derogatorio del ordinario contenido en la ley de expropiación

vigente para la época, delineado en los artículos 13, 14, 15 y 16. Vale destacar entre sus especialidades, que se trataba de un procedimiento brevísimo, en el cual estaba contemplada la ocupación previa, también en un término perentorio, en una única instancia por ante la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, pudiendo ese órgano jurisdiccional designar o no peritos para la experticia contable, e igualmente estaba facultado para dictar la decisión atendiendo a los términos de la solicitud de expropiación al vencimiento del plazo para la presentación del informe pericial, aun en el caso de que no fuese presentado por los expertos, o a declarar la expropiación en la hipótesis de que el concesionario no compareciere a la contestación, ausencia que de conformidad con la Ley equivalía a un avenimiento.

Por lo demás el monto de la indemnización no podía ser superior al valor neto de las propiedades plantas y equipos de las concesionarias, definiendo tal valor como el de adquisición, menos el monto acumulado de depreciación y amortización para la fecha de la presentación de la solicitud de expropiación, según los libros utilizados por las concesionarias a los fines del impuesto sobre la renta. En ese mismo artículo se enumeraban varias deducciones que debían hacerse del monto de la indemnización, tales como el valor de los bienes afectos a la reversión que se encontraban en las situaciones a que se referían 9, 13 y 15 de la Ley respectiva; el valor del petróleo extraído por las empresas concesionarias fuera de los límites de las concesiones, quedando la decisión de determinar ese valor, cuando no existieren convenios de explotación unificada de yacimientos, en manos del Ejecutivo Nacional; el monto de las prestaciones sociales de los trabajadores, y las cantidades que las concesionarias adeudaren al Estado por cualquier causa, salvo las que correspondían al Impuesto sobre la Renta para el ejercicio del año 1975, las cuales debían ser canceladas en efectivo.

Por otro lado, se establecía un plazo máximo de diez años para pagar el monto de la indemnización que resultare después de dar aplicación al citado artículo 15, o bien hacer el pago en Títulos de la

Deuda Pública, en términos convenientes para el interés nacional, los cuales devengarían intereses que no podían exceder al seis por ciento anual. Quedaba establecido que al momento de pagar la indemnización, el Estado debía deducir de la misma cualquier cantidad que adeudaren las concesionarias a cualquier ente público, o que por error no hubieren sido incluidas en las deducciones contempladas en el artículo 15, o que se hubieren tornado exigibles después de la sentencia de expropiación.

Hemos querido hacer un resumen del régimen de expropiación contenido en la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos de 1975, para que de su simple lectura se observe su carácter derogatorio del contenido en la Ley que regía la materia para la época (Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social), con la finalidad de demostrar que la aplicación de la expropiación con la finalidad de adquirir los bienes de las empresas que actuaban en el sector reservado, y no en el marco de un proceso de nacionalización, puede llegar a suscitar serios conflictos interpretativos, y desde luego, demandas contra la República. Por supuesto que esas situaciones no llegaron a presentarse debido a que se firmaron las correspondientes actas de avenimiento, y en la decisión de las concesionarias resulta bastante probable haya tenido un peso significativo el soslayamiento de dos juicios: de inconstitucionalidad contra los artículos de la Ley que contenían el régimen especial de expropiación, y el de expropiación. De todas maneras –insistimos– en la diferencia cualitativa entre la indemnización derivada de un proceso de nacionalización, y la indemnización derivada de un proceso de adquisición por parte del Estado, como consecuencia de haber declarado la reserva de actividades en un determinado sector económico, máxime si se tiene en cuenta la existencia de un procedimiento expropiatorio contenido en una ley especial, que constituye el desarrollo del artículo 115 de la Constitución.

15.6.2.3. **La situación de PDVSA nacionalizada.** Cabe recordar que en aplicación del artículo 1° de la Ley que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (“nacionalización”), que

asignaba al Estado la realización de las actividades objeto de la reserva, directamente por el Ejecutivo Nacional o mediante entes estatales, fue creada PDVSA, como una sociedad anónima, con capital totalmente de la República, pasando a ser para la época el holding de la industria petrolera, totalmente nacional, que debía realizar sus actividades con carácter monopólico. Pues bien, el mencionado texto legislativo fue derogado por el Decreto con fuerza de ley Orgánica de Hidrocarburos del 2 de noviembre de 2001. Por tanto, habría que preguntar en qué situación quedó PDVSA, después de la promulgación de dicho Decreto ley, y sobre todo de la Constitución de 1999.

En realidad la situación PDVSA no fue objeto del Decreto ley, porque había sido totalmente aclarada, o mejor establecida, en la Constitución de 1999. Efectivamente, de una manera bastante poco ortodoxa en materia de técnica constituyente, la Asamblea Nacional Constituyente decidió que el Estado debía conservar la totalidad de las acciones de PDVSA. Tal decisión quedó recogida en el artículo 303 así: "Por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela S.A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera, exceptuando las de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y por cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela, S.A.".

Al parecer esa norma atípica en un texto constitucional, tuvo su origen, según se desprende del Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente, en la voluntad de la gran mayoría de los integrantes de esa Asamblea, pues apenas hubo tres voces disidentes, una sola por razones sustantivas, de preservar el carácter nacional y nacionalizado de la empresa de cualquier intento futuro de privatización, para el cual se requeriría una vez sancionada la Constitución por lo menos una enmienda constitucional. En efecto, los constituyentes reaccionaron de esa manera frente a las posiciones públicas favorables a la

privatización de PDVSA, que durante el Gobierno del Presidente Caldera habían asumido personajes del mundo político, académico y empresarial, la cuales si bien no eran respaldadas por los directivos de esa empresa, tampoco eran rechazadas expresamente por ellos.

En fin, cabe concluir en que la inclusión de esa norma en el texto constitucional obedeció básicamente al temor de que PDVSA pudiera ser privatizada en el futuro, razón por la cual la convirtieron en la práctica, sin llegar a darle esa calificación, en una especie de bien demanial, puesto que la revistieron de una de las características esenciales de este tipo de bienes: **la incomerciabilidad** (fuera del comercio), lo que implica sin dudas su inalienabilidad, pudiendo implicar también, si se parte de la tesis de que la prohibición constitucional equivale –insistimos– por sus efectos a una afectación de la empresa para integrarla al dominio público, a discutir sobre su inembargabilidad e imprescriptibilidad.

No obstante, reconocemos que aproximarse a una tesis de esa naturaleza derivada del régimen jurídico especial de los bienes demaniales, es una labor bastante compleja que excede los límites del presente Manual, razón por la cual nos conformamos con asomar el problema, y reiterar que lo que resulta fuera de toda duda –porque está en la propia "ratio" de la norma– es la incomercialidad de las acciones de PDVSA, en lo tocante a la inalienabilidad.

15.6.2.4. **El Decreto con fuerza de ley Orgánica de Hidrocarburos y la reducción de la actividad monopólica de PDVSA**. Por último, resulta conveniente señalar que si bien PDVSA está impedida constitucionalmente de modificar su estatus de empresa nacional, y que su objeto era bajo la vigencia de la Ley de 1975 la realización en forma monopólica, derivada del acto de reserva, de las actividades de exploración en busca de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos, explotación de yacimientos de los mismos, manufactura o refinación, transporte por vías especiales y almacenamiento, comercio interior y exterior de las sustancias explotadas y refinadas y a las obras que su

manejo requiriese, después de la entrada en vigencia del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, el ámbito de esas actividades realizadas en forma monopólica disminuyó sensiblemente, debido a que fue modificado también el ámbito de la reserva delineado en el artículo 1 de la Ley de 1975, reduciéndolo a las denominadas **actividades primarias**, esto es, aquellas relativas a la exploración en busca de yacimientos de los hidrocarburos, a la extracción de ellos en estado natural, a su recolección, transporte y almacenamiento iniciales. Además también están comprendidas en las mencionadas actividades primarias las "relativas a las obras que su manejo requiera" (art. 9).

Quedan entonces fuera de la reserva las actividades de **refinación y comercialización de los productos obtenidos de la refinación**, en las cuales pueden concurrir los particulares con el Estado, pero se cuida la Ley de reservar también las instalaciones y obras existentes, sus ampliaciones y modificaciones propiedad del Estado dedicadas a las actividades de refinación de hidrocarburos naturales en el país y al transporte principal de productos y gas (art. 10), lo que no implica que no puedan ser construidas nuevas refinerías por los particulares, previa aprobación del correspondiente proyecto por el Ejecutivo Nacional (art. 12).

Por otra parte, los particulares también pueden realizar las actividades de almacenamiento, transporte y distribución de hidrocarburos que no tengan carácter de iniciales (art. 21), así como la industrialización de los hidrocarburos refinados (art. 49 y 50). Cabe subrayar que las actividades primarias reservadas en el artículo 9 al Estado, deben ser realizadas directamente por el Estado o por empresas de su exclusiva propiedad, o mediante empresas donde tenga el control de sus decisiones por mantener una participación mayor del cincuenta por ciento del capital social, las cuales son denominadas "empresas mixtas". En otras palabras se mantiene el monopolio del Estado en la realización de las denominadas actividades primarias.

De lo anteriormente expuesto se desprende que legalmente PDVSA está facultada para continuar realizando todas las actividades reservadas en el artículo 1, de la Ley de 1975, pero de todas ellas, y esto es lo más importante de destacar, sólo realizará en forma monopólica, si el Estado no crea otras empresas de su exclusiva propiedad, o mixtas, las **actividades primarias** antes reseñadas, pues en todas las restantes se configura la apertura a la iniciativa privada, que es lo que se conoce en el marco del Derecho de la competencia como "libertad de entrada", que implica el derecho de cualquier particular que reúna los requisitos necesarios, a desarrollar dichas actividades, por supuesto previa obtención de la autorización –licencia en términos del Decreto ley– correspondiente. Por consiguiente, resulta concluyente la reducción significativa del monopolio de PDVSA, y en definitiva del Estado en materia de hidrocarburos, originado en la sensible disminución del número de actividades objeto de reserva.

Queda por señalar a título de curiosidad que tal como aparece concebida la realización de las actividades primarias reservadas al Estado, en el Decreto ley, pudiera perfectamente un gobierno tornar nugatoria la prohibición de la venta de las acciones de PDVSA, porque, en primer lugar, puede constituir empresas exclusivas o mixtas que concurran con PDVSA en la realización de las actividades primarias (monopolio), y en segundo lugar, puede también constituir empresas para realizar las actividades que no entren dentro de la reserva prevista en el artículo 9 del Decreto ley, de tal manera que el funcionamiento de las mismas le vaya restando la preponderancia a PDVSA, al punto que deje de ocupar el rol protagónico, tanto desde el punto de vista económico, como técnico, que actualmente detenta en materia de hidrocarburos, razón por la cual perdería el sentido la prohibición constitucional de la venta de las acciones, que como se sabe aparece sustentada en ese rol trascendente para la economía del país que jugaba y continúa jugando la aludida empresa estatal.

15.6.3. **La figura constitucional de la reserva en Venezuela**.

15.6.3.1. **La figura de la reserva en la evolución constitucional**. Vista la importancia de esta figura en la intervención del Estado en la economía, y más concretamente en la gestión directa de la misma, y dado que su consagración constitucional es de antigua dada, parece conveniente a los fines de contribuir con el correspondiente proceso hermenéutico de la disposición contenida en el artículo 302 de la Constitución vigente, transcribir los preceptos de las distintas Constituciones en las cuales fue recogida en el siglo XX. Así, en la Constitución de 1936, su artículo 32, numeral 9, que formaba parte del Título II denominado "De los Venezolanos sus Deberes y Derechos", prescribía:

> Art. 32. "La Nación garantiza a los venezolanos:
>
> 1. Omissis
>
> 9. La libertad de industria y la de trabajo no tendrán más limitaciones que las que impongan el interés público o las buenas costumbres. Sin embargo el Poder Federal queda facultado para gravar ciertas especies con el objeto de crear rentas al Erario, y **reservarse el ejercicio de determinadas industrias para asegurar los servicios públicos y la defensa y crédito de la Nación**".

En la Constitución de 1945, la reserva era regulada en el artículo 32, numeral 9, que formaba parte del Título II denominado "De los Venezolanos sus Deberes y Derechos", prescribía:

Art. 32. "La Nación garantiza a los venezolanos:

> 1. Omissis
>
> 9. "La libertad de industria y la de trabajo no tendrán más limitaciones que las que impongan el interés público o las bue-

> nas costumbres. El Poder Federal queda facultado para gravar ciertas especies con el objeto de crear rentas al Erario, **reservarse el ejercicio de determinadas industrias para asegurar los servicios públicos y la defensa y crédito de la Nación**, y dictar en circunstancias extraordinarias que fueran necesarias para racionalizar y regular la producción, circulación y consumo de la riqueza".

En la Constitución de 1947, la reserva aparecía regulada en el artículo 73, que integraba el Capítulo VII, denominado "De la Economía Nacional", el cual a su vez formaba parte del Título III, cuya denominación era: "De los Deberes y Derechos Individuales y Sociales. El citado artículo 73 estatuía:

> "Todos pueden dedicarse libremente al comercio o a la industria y al ejercicio de cualquier actividad lucrativa, sin más limitaciones que las establecidas en esta Constitución y las leyes por razones sanitarias o de seguridad pública. El Estado protegerá la iniciativa privada, pero **podrá reservarse el ejercicio de determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público para asegurar el normal funcionamiento de éstos o la defensa o crédito de la Nación**…"

En la Constitución de 1961, la reserva aparecía regulada en el artículo 97, que integraba el Capítulo V denominado "Derechos Económicos", el cual a su vez formaba parte del Título III, cuya denominación era: "De los Deberes Derechos y Garantías. El citado artículo 97 estatuía:

> "No se permitirán monopolios. Sólo podrán otorgarse, en conformidad con la ley, concesiones con carácter de exclusividad, y por tiempo limitado, para el establecimiento y la explotación de obras y servicios de interés público.

> **El Estado podrá reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional** y propenderá a la creación y desarrollo de una industria básica pesada bajo su control…"

En la constitución de 1999, la reserva aparece consagrada en el artículo 302, que integra el Capítulo I denominado "Del régimen socioeconómico y de la función del Estado en la economía, el cual su vez forma parte del Título I, cuya denominación es: "Del Sistema Socioeconómico". El citado artículo 302 preceptúa:

> **"El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico**. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo".

15.6.3.2. **Los perfiles de la reserva en las Constituciones de 1936 a 1961**. Una vez transcritos los diversos preceptos constitucionales que han regulado la reserva en las Constituciones mencionadas en el epígrafe, un examen muy somero de los mismos permite inferir algunos perfiles de la figura bajo examen recogidos en dicha normación, a saber:

a) La consagración de la reserva en la Constitución venezolana de 1936 no deja de causar un cierto asombro académico, porque, en primer lugar, como hemos afirmado antes, ésta era una figura que se conocía en el contexto de las regulaciones legales de los bienes del dominio público, sobre todo en los mineros e hídricos en Europa, pero que sólo es trasplantada a las Constituciones que resultan promulgadas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, y en segundo lugar, porque a diferencia de otras instituciones importadas de Europa,

verbigracia los "establecimientos públicos" en el siglo XIX, la reserva delineada en el artículo 32, numeral 9, de la Constitución de 1936, responde a la misma connotación conceptual y al mismo marco teórico de la institución de ese mismo nombre en Europa, en virtud de que significa introducir un importantísimo mecanismo de intervención del Estado en la economía, el cual cobra mayor trascendencia si se tiene en cuenta que el referido texto constitucional de 1936 estaba signado de manera muy significativa por la ideología liberal clásica. En fin, lo cierto es que la figura de la reserva fue consagrada en la Constitución de 1936, y así se ha mantenido hasta ahora, como una técnica de capital importancia para la intervención del Estado en la Economía, así como para la gestión directa de la misma.

b) La idea de diseñar un mecanismo de intervención del Estado en la economía se infiere tanto de su connotación conceptual, como de la ubicación topográfica en las distintas Constituciones, en todas las cuales la norma correspondiente aparece insertada en el Título o Capítulo relativo a los Derechos económicos o económicos sociales, o a la Economía Nacional. Así, en las de 1936, 1945 y 1947, aparecía diseñado como una limitación, o mejor en términos de la doctrina actual, como una supresión de la libertad de "industria y trabajo" o de industria y comercio" en el ámbito de las actividades reservadas, y en la de 1961 la limitación o supresión desde luego, es de la libertad de empresa, que comprende a la libertad de industria y comercio, pero particularmente conforme al artículo 97, es a los principios de libre competencia y de mercado abierto, en virtud de que constituye una excepción a la regla general de la prohibición de monopolios consagrada en el encabezamiento de ese mismo artículo. De modo, pues, bien desde la perspectiva doctrinaria, o bien acudiendo a la ubicación topográfica de la reserva, ésta debe ser conceptuada como una técnica extraordinaria de intervención del Estado en la Economía.

c) En todas las Constituciones mencionadas se ha conferido al Estado, una potestad discrecional para declarar la reserva, con la

particularidad de que en las Constituciones de 1936, 1945 y 1947, esa potestad aparece un tanto limitada en el "an", porque sólo podía ejercerse la misma cuando ello resultase necesario para asegurar el **funcionamiento o el normal funcionamiento de los servicios públicos, o la defensa o el crédito de la Nación**. En cambio, en la Constitución de 1961 se amplía considerablemente el radio de esa potestad, en virtud de que su ejercicio sólo está sujeto a la invocación de **razones de conveniencia nacional**, desapareciendo prácticamente la referida limitación en el "an", ya que colocar el basamento del acto de reserva de industrias, explotaciones y servicios por parte del Estado en razones de conveniencia nacional en el texto de esa norma constitucional, no hace más que revelar la voluntad del constituyente de otorgarle en tal sentido una muy amplia potestad discrecional al Estado.

La disposición es similar a la que suele encontrarse en algunas leyes administrativas como la siguiente: "El Ministro otorgará la licencia cuando lo considere conveniente para el interés general". De modo, pues, que la norma concebida de esa manera deja de lado la razón específica antes señalada que condicionaba el acto de reserva en las Constituciones anteriores, y además formando parte de la Constitución económica, debe ser interpretada por el órgano competente del Estado, en función de su adecuación a la realidad de la sociedad en un determinado momento histórico; de allí entonces la amplitud que cobra la potestad de reserva en la Constitución de 1961.

Sin embargo, hay que reconocer que este texto constitucional, no obstante la amplitud indicada, mantiene un límite relativo no a las razones que deben privar para tomar la decisión, sino a la clase de industrias, explotaciones o servicios que pueden ser objeto de la reserva, los cuales deben ser de interés público, que como sabe es un concepto jurídico indeterminado sujeto a las reglas de la hermenéutica jurídica, como lo explicaremos más adelante. En suma, en la Constitución de 1961, si bien la potestad de reserva que tenía atribuida el Estado es muy amplia en lo tocante a las razones que le servían de

fundamento, sólo podía ejercerla sobre industrias, explotaciones o servicios de interés público.

15.6.3.3. **Los actos de reserva durante la vigencia de la Constitución de 1961**. Conviene señalar que durante la vigencia de la Constitución de 1961, el Estado utilizó en pocas oportunidades esta facultad constitucional. Así, el primer texto legislativo promulgado fue la "Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural" en 1971, posteriormente fueron promulgadas la Ley que Reserva al Estado la Explotación del Mercado Interno de los Productos derivados de Hidrocarburos en 1973; la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos en 1975, y además en 1974 se dicta el Decreto ley por el cual se Reserva al Estado por Razones de Conveniencia Nacional, la Industria de la Explotación de Mineral de Hierro. Hay que advertir que con posterioridad a 1975 fueron sancionadas leyes destinadas a poner fin a algunas de las mencionadas reservas o a reducir su ámbito material.

Efectivamente, la Ley Orgánica de Apertura del Mercado Interno de la Gasolina y otros Combustibles derivados de Hidrocarburos para uso por Vehículos Automotores de 1998, modificó parcialmente a la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, y el Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos de septiembre de 1999, derogó la "Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural" de 1971.

En suma, durante la vigencia de la Constitución de 1961 fueron dictadas cuatro leyes o decretos con fuerza de ley, mediante los cuales el Estado declaró la reserva en determinadas industrias, pero durante ese mismo período fueron derogadas dos de esa leyes o modificadas parcialmente, con la finalidad de ponerle fin a la intervención del Estado en la indicadas industrias, lo que revela la flexibilidad de la norma constitucional de 1961, en virtud de que permitía atendiendo a las condiciones del mercado y en general de la economía nacional, utilizar

en la forma que consideraba más conveniente para la Nación la potestad de declarar la reserva, o de ponerle fin a la misma en forma parcial o total.

Finalmente, es necesario advertir que con la entrada en vigencia del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, fueron derogadas la Ley que Reserva al Estado la Explotación del Mercado Interno de los Productos derivados de Hidrocarburos de 1973; la Ley Orgánica de Apertura del Mercado Interno de la Gasolina y otros Combustibles derivados de Hidrocarburos para uso en Vehículos Automotores de 1998 y; lógicamente la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos en 1975 (Ley de "nacionalización"). Con esas derogatorias se puso fin a las reservas correspondientes, o fueron modificadas parcialmente, pero de manera significativa, como ocurrió con la contenida en la derogada Ley de "nacionalización" del petróleo, ya examinada.

15.6.3.4. **La reserva en la Constitución de 1999**.

15.6.3.4.1. **Síntesis del iter constituyente**. Como es sabido los denominados antecedentes constitucionales o legislativos, sin llegar a ser determinantes, como pretenden algunos, pueden ayudar bastante en el proceso de interpretación normativa, en algunos casos más que en otros, y al parecer esa es la situación que se presenta con el artículo 302 constitucional consagratorio de la reserva, ya que pese a la tradición constitucional, dicho precepto fue sumamente discutido en la Asamblea Nacional, siendo también muy largo y accidentado el "iter" que condujo a su versión final. Precisamente debido lo largo del camino transitado en la Asamblea no podemos realizar una descripción completa del mismo, y nos limitaremos a realizar un breve resumen, aun con el riesgo que implica casi todo resumen.

Cabe señalar entonces que en la sesión del 7-11-99 de la Asamblea Nacional Constituyente, después de muchas discusiones, y la

oposición de tres o cuatro constituyentes, especialmente de Brewer, quien expuso varios alegatos tendientes a demostrar las ventajas de mantener la norma de la Constitución de 1961, en virtud de que el carácter flexible de la misma había demostrado en la práctica que permitía ajustar la actuación del Estado a las condiciones que privaran en un determinado momento en la economía nacional, pudiendo el Estado declarar la reserva en cualquier industria, cuando lo estimare conveniente para el interés de la Nación, pero igualmente pudiendo suprimir total o parcialmente la reserva, fue aprobada en primera discusión la proposición presentada por la Comisión encargada del estudiar el Título del anteproyecto relativo al Sistema Socioeconómico que resultó de la fusión de los artículos 338 y 339 del aludido anteproyecto, en los siguientes términos:

> "Quedan reservadas al Estado por conveniencia nacional, las actividades de la exploración, explotación, transporte, manufactura y mercado interno de los hidrocarburos, exceptuándose los gaseosos. Sólo en casos especiales, cuando así convenga al interés nacional, previa autorización de la Asamblea Nacional y siempre que se mantenga el control por parte del Estado, podrán suscribirse convenios con el sector privado para el ejercicio de las mencionadas actividades en este numeral. Los recursos naturales no renovables y en general los productos del subsuelo y todos los minerales, los servicios de agua potable, energía eléctrica y la administración del espectro electromagnético y de las telecomunicaciones y las empresas estratégicas definidas por la Ley. El Estado podrá otorgar en concesión cualquiera de las actividades mencionadas en los casos que la Ley establezca.
>
> El Estado promoverá la manufactura nacional de los recursos no renovables, para crear fuentes de trabajo, elevar el valor agregado y estimular el desarrollo económico del país".

A dicho texto se le adicionó una enmienda relativa al comercio exterior de los hidrocarburos propuesta por Gastón Parra, que también

debía quedar comprendida en la reserva. En la segunda discusión celebrada el 14-11-99, la Comisión de lo Económico y Social que había presentado el texto aprobado en la primera discusión, sorpresivamente propuso por intermedio de su Vicepresidente Antonio Rodríguez, que se excluyera del texto constitucional el artículo en discusión, porque los integrantes de dicha Comisión, después de haber analizado con mucha profundidad el dispositivo, "consideramos que es de carácter legal y que debe ser llevado precisamente, a una legislación aprobada por la Asamblea Nacional".

A esa proposición se opusieron varios constituyentes, entre ellos Gastón Parra, quien formuló una nueva proposición, que sustantivamente repetía la aprobada en primera discusión. Ambas proposiciones fueron votadas, obteniendo la relativa a la exclusión de la reserva de la Constitución 40 votos, y la propuesta por Gastón Parra 42 votos. Ante esa situación el Presidente de la Asamblea optó por nombrar una Comisión especial para que armonizara los puntos divergentes y llegara a una proposición que pudiera tener un mayor consenso.

En la sesión de ese mismo día al reiniciarse la discusión del precepto, quedó en evidencia que no había sido posible lograr acuerdo en la Comisión designada para lograr consenso, y una parte de la misma integrada por los Constituyentes Peña, De Lima, Brewer y Rodríguez formuló la siguiente proposición:

> "Por razones de conveniencia nacional el Estado podrá reservarse, mediante ley, determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público. El Estado promoverá la manufactura de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables con el fin de crear fuentes de trabajo y estimular el desarrollo económico y social del país".

Pues bien, el resto de la Comisión formada por Manuel Quijada y Gastón Parra, mantuvo la proposición que este último había formulado

anteriormente y había obtenido 42 votos. Sometidas a votación ambas proposiciones la primera obtuvo 55 votos, resultando aprobada y la segunda 37, resultando obviamente negada. De modo, pues, que el texto antes transcrito debería haber pasado a ser el actual artículo 302; sin embargo, al parecer fue sometido a la Comisión Especial de consenso designada por la Asamblea el 14-11-99, para el estudio de los artículos y de las Disposiciones Transitorias aprobadas en el anteproyecto de Constitución, la cual presentó en la sesión del 15 de noviembre de 1999, la siguiente proposición:

> "El Estado se reserva, mediante la Ley orgánica respectiva y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento, y crear riqueza y bienestar para el pueblo".

Esta proposición resultó aprobada sin ninguna discusión por parte de los miembros de la Asamblea, y finalmente pasó al texto de la Constitución correspondiéndole, como se sabe, el artículo 302.

Hemos tratado de hacer una síntesis del que se pudiera decir "tortuoso" camino constituyente de la reserva, que al final terminó con una especie de acuerdo cupular, en virtud de que se reservó constitucionalmente la actividad petrolera, que constituía el fondo de la proposición del Constituyente Gastón Parra, pero al mismo tiempo se produjo una reserva en términos genéricos para las demás industrias o servicios, que era el fondo de la proposición del Constituyente Brewer. Quizás sea interesante señalar que ambos Constituyentes integraban la Comisión de consenso, no obstante, como lo expondremos más adelante, también se le añadieron límites que no estaban en la proposición aprobada en la segunda discusión.

15.6.3.4.2. **Análisis del artículo 302 de la Constitución (la reserva de industrias, explotaciones, servicios y bienes)**.

15.6.3.4.2.1. **La reserva como técnica de intervención del Estado en la economía**. Resulta indudable que el constituyente de 1999 decidió mantener la tradición constitucional venezolana, de conferir al Estado un extraordinario instrumento de intervención en la economía, que le permite teniendo en cuenta exclusivamente la conveniencia nacional, suprimir la libertad económica de los particulares en determinados sectores, erigiendo de esa manera una interdicción de "iure" para los mismos, que va más allá de un simple límite o de una mera restricción. El carácter extraordinario de este mecanismo interventor se observa desde cualquier perspectiva que se coloque el intérprete, pues el objeto de la misma es muy amplio, debido a que además de estar constituido por la actividad petrolera, se extiende a todo tipo de industrias, explotaciones o servicios, pero además agrega bienes, los cuales en esa forma específica no estaban incluidos en las disposiciones de las Constituciones anteriores.

Así mismo, la potestad conferida como tal al Estado, también es amplísima, pues su ejercicio está condicionado, en principio, a que priven razones de conveniencia nacional. De modo, pues, que la Constitución de 1999 al consagrar la reserva como mecanismo de intervención en la economía, y por que no decirlo, también de planificación y racionalización de la economía, responde a la aludida connotación conceptual, razón por la cual la ubica como una de las normas de cabecera del capítulo concerniente al Régimen socioeconómico y la función del Estado en la economía, del Título relativo al Sistema Socioeconómico.

15.6.3.4.2.2. **El objeto de la reserva**.

1.5.6.3.4.2.2.1. **La actividad petrolera como objeto de la reserva**. Desde luego que el deslinde normativo del objeto de la

reserva no sólo es un elemento necesario en el marco de la seguridad jurídica, pues así los particulares que son operadores económicos conocen a ciencia cierta si pueden llegar a ser afectados o no por este mecanismo de intervención estatal, pero también lo es para orientar la actividad del Estado en un sector tan sensible como el económico, máxime si el mismo está regido por la libertad económica y el principio de la libre competencia (art. 112 y 113 const). Pues bien, debe admitirse que los constituyentes tuvieron muy en cuenta esas consideraciones, puesto que prefiguraron el objeto de la reserva, en primer lugar, en forma específica para el caso de la **actividad petrolera**, en segundo lugar, en forma genérica para el caso de las actividades correspondientes a otras industrias, explotaciones o servicios, y en tercer lugar, se convirtió "ex novo" en objeto de la reserva a los **bienes.**

Pese a que en el párrafo anterior afirmamos que en el artículo 302 constitucional está claramente delimitado el objeto de la reserva, en tanto en cuanto se especifica que puede incidir sobre industrias explotaciones, servicios y bienes, pero en cambio la especificidad desaparece cuando se trata de identificar qué industria, bien, explotación o servicio será objeto de la reserva. Inclusive en ese sentido la actividad petrolera que es la única aparentemente especificada suscita esas dudas, porque la expresión en sí misma, aunque parezca paradójico, a los efectos de la interpretación revela una generalidad, ya que en ella entran muchas fases, entre otras la exploración, transporte, manufactura, mercado interno, almacenamiento y comercio exterior.

Las dudas interpretativas tienen su origen en la determinación del alcance de la expresión constitucional "actividad petrolera", y resulta necesario aclararlas para poder adoptar un criterio respecto del alcance de la reserva en esta materia, y en tal sentido habrá que dilucidar si la referida expresión alude a todas y cada una de esas fases, o alude sólo a alguna de ellas, máxime si se tiene en cuenta que la reserva en el caso del petróleo es un mandato categórico de la Constitución, pues especificado el objeto, el legislador debe ejecutar la voluntad del constituyente,

cuando expresa "**se reserva**". Por lo tanto, no resulta desacertado sostener que la reserva de la actividad petrolera no la hace la Ley, sino la propia la Constitución, pues el instrumento normativo es una especie de Ley "debida", por mandato constitucional, de tal manera que si no hubiera estado vigente la Ley de "nacionalización" petrolera, y ahora del Decreto ley de Hidrocarburos, el legislador estaba obligado en un término perentorio a ejecutar la voluntad constituyente, o dicho de otra manera, a tornar operativa la reserva constitucional.

Entonces en el contexto de esa "ley debida" resulta fundamental –insistimos– esclarecer el sentido de la norma, y por ende, la extensión de la reserva en el caso de la actividad petrolera, esto es si abarca todas las fases o sólo algunas de ellas, y en caso de que sean algunas, cuáles necesariamente deben ser objeto de reserva. Quizás en la búsqueda de un criterio, en todo caso provisional, ayude la experiencia derivada de la aplicación del artículo 97 de la Constitución de 1961. En efecto, en el año 1975 cuando fue sancionada la Ley de "nacionalización" del petróleo, los legisladores interpretaron que al reservar la industria petrolera para el Estado, debían incluirse todas las fases que se cumplían en la misma, incluyendo el comercio, razón por la cual el artículo 1° de ese texto legislativo, como observamos precedentemente, contenía una lista exhaustiva de todas las mencionadas fases. Posteriormente el propio legislador entendió que podía excluir de la reserva algunas fases, y ello ocurrió con la Ley Orgánica de Apertura del Mercado Interno de la Gasolina y otros Combustibles derivados de los Hidrocarburos de 1998, que modificó parcialmente la Ley de "nacionalización" petrolera de 1975, al sustraer de la reserva contenida en ella al comercio interior de los hidrocarburos y abrirlo a la libre competencia.

Esa misma experiencia se repitió con el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001, como expusimos anteriormente, que reservó para el Estado únicamente las actividades primarias, y se supone que dicho instrumento debía compatibilizarse con el artículo 302 constitucional; de allí pues, que la experiencia tanto a la luz de la

Constitución de 1961, como la a luz de la Constitución de 1999, conduce a sostener que pese a la dicción constitucional nada obsta para que la **reserva de la actividad petrolera tenga un carácter parcial**, o sea, que pueda estar reducido exclusivamente a una o varias de sus fases.

Esta tesis hermenéutica resulta congruente con la flexibilidad que deben revestir las normas de la Constitución económica, porque permite adecuar la intervención del Estado en la economía a la correspondiente situación socioeconómica e inclusive política (conveniencia nacional), sin embargo genera una duda, y es la relativa a la existencia o no de fases de la actividad petrolera que necesariamente deberían entrar en toda reserva. Al respecto, cabe observar que el examen de los textos de leyes de reserva parecen coincidir en la existencia de ese tipo de fases, debido a su carácter estratégico y por su importancia para el desarrollo del país, y enumeran entre otras, a la exploración de yacimientos, la extracción en estado natural, la recolección, transporte y almacenamiento iniciales (actividades primarias). Sin embargo, es necesario subrayar que esa es la tesis normativa que ha prevalecido hasta ahora, pero nada obsta para que en el futuro sean otras las fases que pueden considerarse que deben necesariamente quedar afectadas por la reserva. En todo caso, la mencionada flexibilidad de este tipo de normas no es óbice, de ninguna manera, para que la reserva abarque, según la conveniencia nacional, a todas y cada una de las fases de la industria petrolera (reserva total).

15.6.3.4.2.2.2. **Las otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y carácter estratégico que pueden ser objeto de la reserva**. Además de la actividad petrolera puede ser objeto de la reserva cualquier industria, explotación, bien o servicio de interés público y que tenga carácter estratégico, pero los términos en que aparece redactada la previsión constitucional complican mucho la labor del intérprete, porque en primer lugar, es necesario determinar si el interés público y el carácter estratégico están referidos a todas las industrias, explotaciones, servicios y bienes mencionados en el dispositi-

vo, con excepción de la actividad o industria petrolera que por la sola denominación de la Constitución entra en el ámbito de la reserva, sin necesidad de invocar su vinculación con el interés público ni su carácter estratégico.

En ese orden de razonamiento es necesario señalar que si se consideran equivalentes en el contexto del supuesto hecho del dispositivo constitucional las industrias y explotaciones, a la actividad o industria petrolera, cuya reserva no está sujeta a que cumpla con los indicados requisitos anteriores, entonces toda industria o explotación será susceptible de ser reservada sin más por el Estado, invocando la conveniencia nacional. Pero esa tesis hermenéutica presenta la dificultad de explicar cómo desde el punto de vista lógico y sintáctico cortar la frase en el término explotaciones, que sería la única forma de predicar la indicada equivalencia entre actividad petrolera industrias y explotaciones, y de esa manera llegar a postular el ejercicio de la potestad de reserva sin atender a los aludidos requisitos. Por el contrario, tanto desde el punto de vista sintáctico, como lógico, todo apunta hacia la idea de que cuando el Estado pretenda reservar industrias, distintas a la petrolera, explotaciones, servicios y bienes, éstos deben estar vinculados al interés público y tener carácter estratégico, pues atendiendo a los indicados criterios (lógico y sintáctico), queda claro que la Constitución quiso diferenciar a la actividad petrolera, de las demás industrias, separación que indica que la reserva de todas las demás estaba condicionada a que fueran de interés público y tuvieran carácter estratégico. En otros términos, se trata de límites muy claramente establecidos, que el constituyente no quiso fijarle a la reserva de la actividad petrolera.

Si esa tesis fuera correcta, habría que admitir que la Comisión de consenso de la Asamblea Nacional Constituyente añadió un límite más al ejercicio de la potestad estatal: el carácter estratégico de la industria, servicio, explotación o bien, que sea objeto de la reserva, el cual pese a las múltiples discusiones que se produjeron en la Asamblea sobre el concepto de reserva, nunca fue mencionado en el curso de las mismas,

lo que reduce el margen de ejercicio de ese potestad, y así mismo también la flexibilidad buscada por algunos constituyentes queda un poco disminuida.

Es cierto que las tendencias en los Tribunales es a respetar la valoración política que suelen hacer los Parlamentos al sancionar este tipo de leyes, pero tratándose de un mecanismo que suprime un derecho tan importante como el concerniente a la libertad empresa, y además rompe con el principio de la libre competencia, nada impide pensar que en el contexto de ese marco jurídico tan caro a la liberalización y globalización económica, teniendo en cuenta que "el carácter estratégico" es un concepto jurídico indeterminado, que como es sabido sólo admite una única interpretación justa, en un pronunciamiento de inconstitucionalidad de una ley de reserva, porque la industria objeto de la misma no revista carácter estratégico. Inclusive en el caso de la reserva de determinada industria nada obsta para que sea uno de los argumentos que se esgrima si eventualmente el problema llegase a elevarse ante un Tribunal Internacional.

En fin, consideramos que resultaba totalmente innecesario ese añadido, pero visto que es Derecho positivo es menester que cualquier Ley de reserva trate de cumplir con ambos requisitos; vinculación al interés público y carácter estratégico, y también es menester comprender que ellos en realidad constituyen en definitiva límites materiales a la reserva.

Por supuesto, que no resulta nada heterodoxo otorgarle una calificación al bien objeto de la reserva, pues con ello se persigue limitar la potestad del Estado de extinguir la libertad de empresa en determinado sector económico y configurar una interdicción para la actuación de los ciudadanos en el mismo. Eso es lo que explica que la Constitución italiana restrinja el objeto de la reserva a determinadas empresas o a determinadas categorías de empresas que se refieran a **servicios públicos esenciales o a fuentes de energía o a situaciones de**

monopolio que tengan carácter de preeminente interés general (art 43), y la Constitución española siguiendo esa misma orientación identifica el objeto de la reserva en los **recursos y servicios esenciales especialmente en caso de monopolio** (art. 128.2.). De modo, pues, que calificar a las industrias, servicios o bienes que pueden constituir el objeto de la reserva obedece a la voluntad de la Constitución de colocar, en el marco de un sistema de economía social de mercado, límites a la potestad de reserva del Estado.

Cabe reiterar nuestra tesis acerca de la equivalencia en el texto constitucional entre servicios públicos y servicios de interés público, expuesta en el capítulo concerniente a los servicios públicos, e igualmente reiteramos que la calificación de una actividad o sector de actividad como servicio público, constituye sustantivamente una reserva igual a la prevista en el artículo 302 constitucional, lo que podría generar una contradicción o una redundancia, en virtud de que la mayoría de los servicios públicos aparecen calificados como tales en el texto de la Constitución, con la particularidad de que la "publicatio" puede ser mínima, media o máxima, y la tendencia y la experiencia constitucional y legislativa, es que la reserva prevista en el citado artículo 302 conduzca necesariamente a una "publicatio" máxima, es decir, a una nacionalización derivada o indirecta. Para una mejor comprensión de los servicios como objeto de reserva reenviamos al señalado capítulo sobre los Servicios Públicos.

15.6.3.4.2.3. **Reserva originaria y reserva derivada y nacionalización**. En virtud de los términos en que aparece consagrada la reserva en el artículo 302 constitucional, sin especificar modalidad alguna, resulta posible plantear, como ocurre en España, dos clases de reserva: una originaria y otra sucesiva o derivada. La primera se configuraría cuando la Ley declarase reservada una actividad o un sector de la actividad en el cual la iniciativa privada por razones técnica o económica, nunca ha tenido ninguna incidencia, o un conjunto de recursos naturales que sin haber sido declarados demaniales, tampoco

sobre ellos ha incidido la iniciativa privada. Por supuesto que la reserva suprime la libertad económica o de empresa en ese sector o en ese conjunto de recursos naturales, pero para el futuro; en consecuencia de la declaratoria no se desprende ningún tipo de daños para los privados, pues no existen derechos que deban extinguirse ni bienes que eventualmente deban pasar a la propiedad del Estado, razón por la cual, como resulta obvio, no procederá indemnización alguna. En cambio, la reserva sucesiva implica la extinción de derechos que vienen ejerciendo los privados en el sector de actividad, industria, explotación o servicio reservados, lo que en teoría puede dar lugar o no a indemnización.

Ahora bien, la doctrina española enfatiza que trátese de una reserva originaria o de una reserva derivada, se impone que la ley correspondiente contemple una fase subsiguiente de ordenación o reordenación jurídica, que en teoría puede conducir a la gestión directa o indirecta de las industrias, explotaciones, servicios o bienes reservados. Es directa, cuando el Estado en su carácter de titular asume la gestión en exclusiva de las actividades reservadas, lo que origina una nacionalización indirecta. La gestión es indirecta, cuando el Estado mantiene la titularidad de las industrias, explotaciones o servicios, pero encomienda su gestión a operadores privados, mediante la concesión, el arrendamiento o el concierto.

Cuando se produce la reserva derivada, resulta necesario que la Ley contemple una fase subsiguiente de reordenación jurídica de la situación, la cual puede consistir, según la doctrina española, y desde luego conforme a su Derecho positivo, en la conversión de los particulares que operaban en la industria o sector reservado en concesionarios, en la constitución forzosa de una sociedad mixta, en la adquisición voluntaria de las empresas, en la imposición de modalidades específicas de gestión, o finalmente en la adquisición voluntaria o coactiva (expropiación) de los empresas o bienes de esos operadores, con el pago de la correspondiente indemnización, lo que da origen a una nacionalización, también derivada o indirecta, ya examinada en el punto anterior.

15.6.3.4.2.4. **Las medidas de ordenación y de reordenación jurídica sólo pueden conducir a la nacionalización derivada o indirecta**. Insistimos en que teóricamente, a la luz de la disposición contenida en el artículo 302 de la Constitución, no existe una relación de causalidad entre reserva y nacionalización, pero la tesis dominante al parecer es la contraria, por lo demás respaldada por la experiencia de la aplicación de la norma tanto durante la vigencia de la Constitución de 1961, como de la Constitución de 1999. Efectivamente, pareciera que trátese de reserva originaria o sucesiva, la misma debe concluir en la fase subsiguiente de nacionalización, bien porque ex novo el Estado cree una o varias empresas o gestione directamente el sector económico reservado, configurándose una situación de monopolio por parte de la Administración Pública, o bien porque decida adquirir en forma voluntaria o coactiva (expropiación) los bienes de los particulares que hasta la fecha de la declaración de reserva operaban en el sector, configurándose de esa manera también una situación monopólica.

Podría configurarse inclusive la hipótesis de una reserva derivada, en la cual el Estado en lugar de comprar los bienes de los operadores en el sector, decidiera crear una empresa o realizar directamente las actividades del sector, puesto que la Administración no está obligada a adquirir los bienes o empresas de esos particulares. Por supuesto, que una situación como esa suscitaría un serio problema relacionado con la responsabilidad del Estado derivada de la cesación intempestiva de la actividad de los operadores privados, negándose el Estado adquirir los bienes y las empresas que estos habían utilizado hasta esa fecha para llevar a cabo las actividades que fueron reservadas.

Esa situación no conocida en Venezuela, pero que pudiera presentarse visto las últimas actuaciones de la Administración Pública en el sector económico, podría inscribirse dentro de la doctrina de la responsabilidad por actos legislativos, que es un tema polémico que escapa a los objetivos de este Manual, pero como dijimos antes aparece estrechamente vinculado con el respeto o no del principio de

igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, cuya valoración conduce a postular el sacrificio legítimo o ilegítimo, que en definitiva será el elemento básico para la determinación de una eventual responsabilidad del Estado por actos legislativos.

Retomando el hilo de la exposición reiteramos que pareciera que en Venezuela toda reserva, independientemente de su modalidad conduce a la nacionalización, y a la gestión monopólica del Estado de las industrias, explotaciones, servicios o bienes reservados. En efecto, fue lo que ocurrió con el Decreto ley de "nacionalización" del hierro, y con la Ley de "nacionalización" del petróleo, pues una vez declarada la reserva la única fase sucesiva prevista en ambos instrumentos legislativos fue la adquisición de los bienes de las empresas concesionarias, los cuales pasaron al patrimonio de la Administración para continuar operando las respectivas industrias en forma monopólica.

Igual ocurrió con el Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos 2001, que derogó la Ley de "nacionalización" petrolera, y reservó para el Estado las denominadas **actividades primarias**, pues si bien ciertamente no tuvo necesidad de adquirir ningún bien de los particulares, porque habían sido nacionalizados en 1975, mantuvo la nacionalización, y estableció en su artículo 22 que dichas actividades deben ser realizadas directamente por el Estado o mediante empresas de su exclusiva propiedad, o empresas denominadas mixtas, en las cuales el Estado tenga el control de sus decisiones por mantener una participación accionaria mayor al cincuenta por ciento.

Esa posición que además de normativa es doctrinaria es lo que permite explicar la tendencia prevaleciente en Venezuela a equiparar la reserva a la nacionalización, cuando conceptualmente como demostramos antes, son figuras jurídicamente distintas. Inclusive abona esa tesis el hecho mismo que se desprende de los antecedentes constitucionales, de suprimir del artículo 302, la parte que expresamente autorizaba al Estado una vez declarada la reserva a otorgar concesiones en el sector

reservado, por supuesto manteniendo la titularidad de la industria, explotación, servicio o bien, de tal suerte que parece haber surtido efecto en los constituyentes la idea de la señalada equivalencia, lo que desde una perspectiva hermenéutica impediría que el legislador ensayara en las leyes de reserva medidas de ordenación o de reordenación jurídica distintas a la nacionalización, verbigracia las concesiones.

Quizás privó en la adopción de ese criterio el elemento político e histórico derivado de las denominadas nacionalizaciones del hierro y del petróleo, una de cuyas consecuencias fue precisamente la extinción de las concesiones, luego, en ese contexto histórico cultural parecería una contradicción in terminis, declarar la reserva de una industria, para inmediatamente otorgarla en concesión a los privados. De todas maneras, estimamos que tal como está redactado el artículo 302 constitucional es posible ensayar una tesis interpretativa en el marco del sistema de economía mixta delineado en la Constitución, teniendo en cuenta los principios de libertad económica, y de libre mercado que sirven de elementos vertebradores de dicho sistema, que postule armonizar la reserva con una fase subsiguiente de ordenación o de reordenación jurídica, según el caso, que conduzca a que el Estado mantenga la titularidad de la industria, servicio o explotación reservados, y otorgarlos, desde luego siempre que convenga al interés general, a los privados para que los gestionen.

Estimamos que una Ley de reserva que contemple esa fase subsiguiente de ordenación o reordenación jurídica, no estaría afectada por una incompatibilidad constitucional. En ese orden de ideas puede haber marcado un camino la derogada Ley que Reserva al Estado la Industria del Gas Natural de 1971, que obligaba a los concesionarios de hidrocarburos a entregar al Estado todo el gas producido en sus operaciones (art. 2). Por tanto, si fuese posible inscribir esa medida legal en la subsiguiente fase de reordenación, a una declaratoria de reserva derivada, se podría abrir el camino para examinar la pertinencia jurídica de todas las demás propuestas por la doctrina española.

15.6.3.4.2.5. **La naturaleza de la potestad estatal mediante la cual se declara la reserva**. En virtud de que la declaratoria de la reserva es una competencia exclusiva y excluyente del Parlamento, y la potestad de legislar es esencialmente discrecional, por supuesto manteniendo la necesaria compatibilidad con el texto constitucional, es necesario reiterar que también la configuración de la norma contenida en el artículo 302 reafirma ese principio, el cual por lo demás se inscribe en la tradición constitucional en esta materia de conferir la potestad de reserva al Parlamento en forma ampliamente discrecional. En efecto, en ese orden ideas cabe reiterar que las Constituciones de 1936 y 1945 establecían que el Estado sólo podía reservarse determinadas industrias, con la finalidad de asegurar los servicios públicos y la defensa y crédito de la Nación. La de 1947 mantuvo la exigencia del mismo requisito, pero añadió en forma redundante que las industrias debían estar vinculadas al interés público.

La Constitución de 1961 sustituyó dicha exigencia (tutela de los servicios públicos, la defensa y el crédito de la Nación), con el concepto jurídico indeterminado "conveniencia nacional", examinado anteriormente, ampliando de esa manera significativamente la potestad estatal. El constituyente de 1999 apreció el significado de esa expresión en la norma de 1961, y decidió mantenerla en el artículo 302, razón la cual resulta concluyente su voluntad de darle continuidad a la facultad ampliamente discrecional en el "an", que de suyo, detenta la Asamblea Nacional, cuando le corresponda dictar una Ley de reserva. Demás está recordar, estableciendo un paralelismo entre potestades legislativas y administrativas, –y en este caso por la configuración de la norma, resulta válido hacerlo– que el núcleo (decisión) del acto discrecional, no el acto mismo como tal, es inmune jurisdiccionalmente, pues refleja el margen de libertad que en este caso la Constitución le confiere a la Asamblea Nacional. La inmunidad de la decisión deriva precisamente del hecho de que en el momento de su adopción se ponderan intereses extrajurídicos, y por el contrario no se trata de encuadrarla en unos parámetros establecidos previamente por la Ley o la Constitución (potestad reglada).

Pues bien, planteada así la situación "prima facie", puede sostenerse que la Asamblea Nacional tiene una amplísima potestad discrecional en el "an", y que en esa perspectiva la Ley que dicte será inmune jurisdiccionalmente; no obstante, es muy importante destacar que la potestad no es discrecional en el "quid", es decir, en el objeto sobre el cual recae el ejercicio de la misma, ya que si bien puede incidir sobre industrias, explotaciones, servicios y bienes, todos ellos deben ser de **interés público** y tener **carácter estratégico**. En otros términos, no toda industria, con la sola invocación de la conveniencia nacional puede ser reservada para el Estado, en virtud de que la Constitución acota el ejercicio de esa potestad exigiendo en forma clarísima que esa industria, explotación, servicio o bien tenga interés público y sea de carácter estratégico. Así por ejemplo, resultaría dudosa la constitucionalidad de una Ley que se dictase en los actuales momentos, para reservarse la industria de la cerveza, pues aunque se pudiere invocar la conveniencia nacional en lo tocante a la preservación del empleo, se presentarían dificultades muy serías para calificarla como de interés público y de carácter estratégico.

Recordamos que si bien tanto el interés público, como el carácter estratégico son conceptos jurídicos indeterminados, ellos obedecen, aunque en un momento existió confusión en la doctrina, a una connotación conceptual totalmente diferente a la que subyace a la potestad discrecional, de tal manera que carece de fundamentación una tesis que trate de equiparar esos conceptos a la discrecionalidad, con la finalidad de evadir el control del órgano jurisdiccional sobre la Ley de Reserva. De tal manera, que pese a la flexibilidad de estos conceptos, lo que permite ajustar su interpretación a las condiciones imperantes en un momento histórico en la sociedad, ellos admiten una sola interpretación justa, desde luego, en el momento en que se apliquen, razón por la cual si se reserva mediante Ley, una industria o una explotación que no sea de interés público y tampoco tenga carácter estratégico, estaremos en presencia de un texto legislativo francamente inconstitucional; de allí entonces este límite que por lo demás fue aumentado en la Constitución

de 1999, porque en la Constitución de 1961 estaba restringido al interés público, y ahora se le añadió el carácter estratégico. Cabe advertir finalmente que ambos requisitos deben estar presentes en forma concurrente en la Ley de reserva, so pena de nulidad de la Ley.

Por último, conviene subrayar que estos requisitos –y ello constituye una novedad– no son exigibles en el caso de que la actividad reservada sea la petrolera, pues así se desprende de la disposición que sólo vincula dichos requisitos a las demás industrias, y excluye al especificarla, a la petrolera. Quizás los constituyentes se percataron que establecer esa exigencia resultaba tautológico, porque nadie duda en la actual situación y tal vez durante mucho tiempo que la industria petrolera en Venezuela es de interés público y además tiene un carácter estratégico.

15.6.3.4.2.6. **Declaración de la reserva mediante una Ley, o la Ley mecanismo idóneo para declarar la reserva**. Conviene señalar como cuestión previa que en ninguna de las Constituciones que precedieron a la de 1999, el dispositivo correspondiente especificaba que la reserva debía declararse por Ley. Así mismo no logramos encontrar ninguna Ley de reserva, lo que no significa que no existan, que hubiere sido promulgada durante la vigencia de las Constituciones de 1936, 1945 y 1947. Sin embargo, como ha quedado demostrado bajo la vigencia de la Constitución de 1961, fueron dictadas tres leyes y un Decreto ley de reserva, lo que revela que pese a no existir una disposición como la contenida en el artículo 302, que ordena que el ejercicio de esa potestad se realice mediante Ley orgánica, existía consenso acerca de que esa era una potestad reservada al Parlamento.

Pensamos que esa misma tesis debía haber predominado bajo la vigencia de las señaladas Constituciones de 1936, 1945 y 1947, pues en todas ellas en la enumeración de las competencias legislativas del Parlamento, figuraba una de carácter residual, que le permitía legislar en todas las demás materias de competencia federal o nacional, según el

caso, y como la potestad de reserva estaba conferida al Poder Federal en las primeras dos Constituciones, y al Estado (República o Poder Nacional) en la última, es obvio que el ejercicio de la potestad bajo examen correspondía al Parlamento. Ese mismo argumento resulta válido para explicar las leyes dictadas bajo la vigencia de la Constitución de 1961, pues sin dudas que cuando en su artículo 97 utiliza la expresión el Estado, al igual que la de 1947, pretende referirse a la República o al Poder Nacional, razón por la cual siendo una materia de la competencia nacional, entraba en la esfera de la competencia legislativa del Congreso de la República, conforme a la previsión contenida en el artículo 139 de la Constitución.

Pero el argumento más importante para predicar que la reserva de industrias, explotaciones y servicios en las Constituciones anteriores era materia de reserva legal, se deriva de su carácter de técnica de intervención del Estado en la economía, o mejor dicho, ante la inexistencia de la figura de la nacionalización, del mecanismo más poderoso de intervención estatal en la economía, y dado que en todas esas Constituciones estaba consagrada en mayor o menor medida la libertad económica, bajo distintas denominaciones: libertad de industria y comercio, de trabajo, de empresa, etc., y así mismo en todas ellas esa libertad sólo podía ser limitada mediante ley, la conclusión acerca de la reserva legal resulta obvia, revistiendo la reserva de industrias el carácter antes señalado, el cual comporta la supresión de la libertad económica para los particulares en determinados sectores de la economía.

Si bien el punto anterior pudo haber sido susceptible de discusiones, actualmente ese hecho tiene sólo un valor académico, y es posible que haya sido tenido muy en cuenta por constituyentes al momento de aprobar el artículo 302 de la Constitución de 1999, quienes no sólo se preocuparon por dejar bien claramente establecida la competencia exclusiva y excluyente de la Asamblea Nacional para declarar la reserva mediante Ley, sino que se preocuparon por puntualizar que tenía que tratarse de una Ley orgánica, encuadrándola dentro de las materias que integran la reserva de ley orgánica.

Planteada así la situación, debe concluirse que durante todo el tiempo de vigencia de las Constituciones que han consagrado la figura de la reserva en Venezuela, incluyendo la de 1999, la doctrina y la jurisprudencia se han decantado por la tesis que propugna la promulgación de una ley singular para cada acto de reserva, separándose en consecuencia de la tesis que aboga por una Ley que prevea en forma general y abstracta todas las hipótesis de reserva, evitando de esa manera convertir a la reserva, dado su carácter de mecanismo extraordinario de intervención en la economía, en una figura ordinaria que pueda ser utilizada por la Administración mediante la aplicación de las disposiciones generales previstas en la Ley.

Pareciera que a los fines de garantizar al máximo los derechos económicos esa competencia debe reposar en el Parlamento, que con todos sus bemoles continúa siendo el órgano donde reposa la mayor legitimidad popular, y que en consecuencia corresponda a éste evaluar las razones de conveniencia nacional que aconsejan en cada caso dictar leyes de esta naturaleza. Por lo demás, insistimos en que esa ha sido la práctica, con la excepción del Decreto ley de "nacionalización" del hierro en 1974, y del Decreto ley de hidrocarburos, cuya procedencia examinaremos más adelante, que ha prevalecido en el país durante la vigencia de la Constitución de 1961 y durante el tiempo que tiene en vigencia la de 1999. Más aún, nunca ha sido cuestionada ni en sede administrativa, ni en sede parlamentaria, ni en sede jurisdiccional, pero nada permite predecir que los "nubarrones" que afectan en estos tiempos al mundo jurídico, conduzcan a la imposición de la tesis contraria, la cual, justo es reconocerlo, a la luz de la letra del texto del artículo 302, no podría considerarse un exabrupto.

15.6.3.5. **La reserva: ¿materia de reserva legal o materia de reserva legal de parlamento?** En el punto anterior quedó claro que de conformidad con el artículo 302 la reserva de industrias, explotaciones, servicios o bienes, es una materia de reserva legal, pero resulta necesario a los fines de examinar este punto recordar que la

moderna doctrina constitucional admite dos modalidades de reserva legal, que tienen su origen en el nacimiento de la delegación legislativa, bajo la figura de los decretos leyes y de los decretos legislativos. Así, una vez que se quiebra después de la primera guerra mundial el monopolio del Parlamento para dictar actos con fuerza de ley, dado que constitucionalmente se faculta al Ejecutivo para que bajo determinadas condiciones dicte actos con fuerza de Ley, hubo necesidad de puntualizar el ámbito de la reserva legal.

En esa línea de razonamiento se admitió que el Poder Ejecutivo al dictar actos con fuerza de Ley puede normar materias que tradicionalmente habían estado reservadas a la ley, pero las Constituciones se cuidaron de establecer explícita o implícitamente que determinadas materias no resultaban susceptibles de ser delegadas al Ejecutivo, y en consecuencia no podían ser reguladas mediante decretos leyes o decretos legislativos, según la denominación que prive en cada ordenamiento.

De allí, pues, que materias como presupuesto, tratados internacionales, amnistía, delegación de la potestad legislativa, etc. sobre las cuales el Parlamento al legislar ejerce una función eminentemente contralora, aunque no lo establezcan expresamente los textos constitucionales, deben considerarse como límites implícitos, infranqueables, de la delegación legislativa, y por consiguiente, sobre esas materias el Parlamento ejerce una competencia exclusiva y excluyente, configurándose de esa manera la **reserva legal de Parlamento**, que no es más ni menos que el ejercicio monopólico e indelegable de la potestad legislativa en esas materias por el órgano parlamentario.

En cambio, la otra modalidad de reserva legal, que puede ser calificada de ordinaria, alude a un conjunto de materias enumeradas en la Constitución, sobre las cuales puede legislar el Parlamento, o bien el Poder Ejecutivo mediante los decretos leyes. En otros términos, se habrá cumplido la garantía de la reserva legal, bien que

la materia sea regulada por la Asamblea Nacional, bien que sea regulada por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, actuando de conformidad con el artículo 236, numeral 10, y por el contrario, se configurará una infracción constitucional si el Poder Ejecutivo dicta normas con fuerza de ley en las materias que son de reserva legal del Parlamento.

Sobre la base de los razonamientos anteriores, cabría preguntarse entonces si la ley mediante la cual el Estado se reserva industrias, explotaciones, servicios o bienes, entra en el ámbito de la reserva legal del parlamento, o en la reserva legal ordinaria. Colocados frente a esa interrogante, es preciso advertir que la misma está revestida de una particularidad, que consiste en que la exigencia constitucional es de una **Ley orgánica**, pues si se tratara de una ley ordinaria, a pesar de la importancia que tiene el mecanismo de la reserva no dudaríamos en señalar que debía entrar en la reserva legal ordinaria, razón por la cual podría ser declarada mediante un Decreto ley dictado por el Presidente de la República, que fue precisamente lo que ocurrió con la denominada "nacionalización" del hierro en 1974, visto que la Constitución no exigía una Ley orgánica.

La situación cambia radicalmente cuando la Constitución de 1999 establece que debe declararse mediante una **ley orgánica**, además por denominación constitucional, puesto que la nueva conformación que hace la constitución de 1999, de los diferentes tipos de leyes que puede dictar la Asamblea Nacional, responde a un criterio material, esto es, al acotamiento de la potestad legislativa por sectores materiales. En otras palabras, a las leyes ordinarias le corresponde normar a la gran mayoría de las materias de competencia nacional, a las leyes orgánicas, un número cerrado muy reducido, a las leyes habilitantes una materia específica (la delegación legislativa), y a las nuevas leyes de bases un número específico y reducido de materias. Esa conformación impide que el legislador pueda traspasar los ámbitos acotados de cada tipo de Ley, so pena de infringir la Constitución, de tal manera, por ejemplo,

que mediante una Ley ordinaria no puede pretender regular una materia de las reservadas en la Constitución a las leyes orgánicas, ni tampoco a la materia propia de las leyes habilitantes.

Más aún, tanto la acotación, como el procedimiento y en fin la naturaleza de las leyes orgánicas y habilitantes, impide que las materias que ellas regulan puedan ser delegadas al Poder Ejecutivo. Así por ejemplo, pensar en un Decreto con fuerza ley orgánica, como ha dado en llamarlo el Ejecutivo, será siempre el resultado de un razonamiento absurdo, porque la única forma en el marco del citado razonamiento absurdo que pudiera ser dictado por el Poder Ejecutivo Nacional esa extraña categoría de Decreto ley, sería que la Asamblea Nacional promulgara previamente una **Ley habilitante orgánica**, categoría que en primer lugar, no está prevista en la Constitución, y en segundo lugar, que conforme al procedimiento de formación de las leyes regulado en el texto constitucional no es posible que pueda llegar a ser sancionada, porque la Ley orgánica tiene una fase en el procedimiento constitutivo (la admisión) no contemplada en el procedimiento constitutivo de las leyes habilitantes, que es el mismo de las ordinarias, y porque las mayorías exigidas, son diferentes, dos terceras partes de los **presentes** en las orgánicas, y tres quintas partes **de los integrantes**, en las habilitantes, sin que se pueda pretender acudir al argumento de Derecho privado relativo a que quien puede lo más puede lo menos, y exigir la mayoría de las tres quintas partes, y además puede ocurrir que la mayoría calificada exigida para las orgánicas, si están presentes todos los integrantes de la Asamblea (ciento diez), sea superior a la mayoría calificada exigida para las habilitantes (noventa y nueve), luego, conforme al procedimiento constitucional es imposible crear una hipotética categoría de "**leyes habilitantes orgánicas"**.

Conocemos que en mala hora la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró que la ley habilitante encuadraba en una de las categorías constitucionales de las leyes orgánicas, precisamente aquella que sirve de marco normativo a otras leyes, basándose en que la

Constitución señala como requisito objetivo de las indicadas leyes habilitantes que ellas deben establecer las directrices, el propósito y el **marco** de las materias que se delegan. Sin dudas que esta es una tesis absurda, que se aproxima más a una sinfonía que a una tesis hermenéutica; sin embargo, creó una categoría de instrumentos normativos, por vía de esa interpretación, no sólo no previstos en la Constitución de 1999, sino prohibidos por dicho texto, con la sola finalidad de dar vida a otro engendro, expresamente proscrito por el texto constitucional "el Decreto ley con fuerza de Ley orgánica", y justificar de esa manera, que no fundamentar, la validez de, entre otros, del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, mediante el cual el Estado se reservó las actividades primarias de la industria petrolera.

Pues bien, en nuestro criterio, las leyes orgánicas, y desde luego, las materias que ellas deben regular por imperativo constitucional, entran en la esfera de la **reserva legal de Parlamento**; por consiguiente, si el artículo 302 establece que la reserva de industrias, explotaciones servicios y bienes, procede exclusivamente mediante una Ley orgánica (por denominación constitucional) debe reputarse absolutamente inconstitucional una reserva que se realice mediante un Decreto ley, aunque este se denomine eufemísticamente "Decreto ley con fuerza de ley orgánica", como ocurrió en el 2001 con el Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos.

15.6.3.6. **Los derechos fundamentales o constitucionales: Límites implícitos a la potestad de reserva del Estado**. Como expusimos en páginas anteriores en España y en Italia se ha discutido acerca de la procedencia de erigir a los derechos fundamentales como límites de la potestad de reserva del Estado, y una parte de la doctrina considera ciertamente que deben considerarse como tales límites, y ejemplifican con la televisión, como expresión de la libertad de expresión, la libertad de enseñanza y la creación de centros docentes. No resulta tarea fácil trasladar esa discusión a Venezuela, debido a que los españoles trabajan con un concepto de derechos fundamentales que

nosotros no manejamos, los cuales por lo demás dentro del universo de los derechos constitucionales representan un número muy reducido en dicho país. Además el objeto de la reserva está también restringido a los servicios esenciales.

Sin embargo, estimamos que en otro contexto dicha discusión debe producirse a corto plazo, bien acotando a los derechos y libertades públicas previstos en la Constitución, hasta encuadrarlos en el concepto de derechos fundamentales manejado en el Derecho Comparado, o bien acudiendo a los Tratados sobre Derechos Humanos suscritos por Venezuela, que como es sabido pueden llegar a tener hasta valor supraconstitucional, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución. Podría servir como punto de partida de un estudio en ese sentido la situación a que ha estado sometida la industria de la televisión, dado que ella constituye un medio fundamental para que los ciudadanos puedan ejercer plenamente el derecho concerniente a la libertad de expresión, y como se sabe existe consenso doctrinario acerca de que éste es un derecho fundamental, pero en todo caso si eso no fuera posible derivarlo textualmente de la Constitución, quedaría su derivación inequívoca como tal derecho fundamental de los referidos Tratados sobre Derechos Humanos suscritos por Venezuela. En fin, este es un punto que nos conformamos solamente con enunciar, pues escapa a los objetivos del Manual.

15.6.4. **Las empresas públicas en Venezuela.**

15.6.4.1. **Las empresas públicas en la Constitución de 1961.** En principio debemos precisar que en la Constitución de 1961 no existía ninguna referencia expresa a las empresas públicas; no obstante, resultaba posible inferir su fundamentación del artículo 230, el cual preceptuaba que sólo por ley podían crearse institutos autónomos, y que tanto esos institutos como los **intereses del Estado en corporaciones de cualquier naturaleza**, quedaban sujetos al control del Congreso en la forma que estableciese la Ley. En efecto, durante la

vigencia del mencionado texto constitucional, pese a la dificultad que existía y continúa existiendo para llegar a una concepción unívoca de empresa pública, en Venezuela llegó a admitirse una definición basada en la perspectiva funcional, y en ese orden de ideas se consideraba empresa pública todo ente creado por el Estado, independiente de su modelo organizativo, que tuviera básicamente una finalidad económica, o sea la producción de bienes y servicios para la venta.

Pues bien, en el marco de esa concepción funcional se podía colegir que si un instituto autónomo era creado para realizar una actividad esencialmente económica, una sociedad mercantil o civil era creada con ese mismo fin, entonces debían reputarse como empresas públicas, y por tanto ambos tipos de entes encuadraban directa e indirectamente en el citado artículo 230 constitucional, y de allí se derivaba la fundamentación para que la Administración mediante la figura de la descentralización funcional creara ese tipo de empresas.

También era posible conforme al mencionado criterio calificar como empresas públicas, aquellas que tenían su origen en el ejercicio de la potestad de reserva de industrias, explotaciones y servicios, por parte del Estado, contemplada en el artículo 97 constitucional. Es necesario dejar sentado que en muy pocos instrumentos normativos se encontraba la expresión empresa pública, a lo sumo tres; en cambio, se utilizaba y se sigue utilizando muy frecuentemente la expresión "empresa del Estado"; de allí que una parte de la doctrina afirmaba que la primera correspondía al género, y la segunda a una de sus especies.

Lo cierto es que durante la vigencia de la Constitución de 1961 fueron creadas múltiples empresas públicas, la mayoría bajo la forma de empresas del Estado, pero también de institutos autónomos, razón por la cual el sector público de la economía creció geométrica y desordenadamente, debido a la inexistencia de un marco regulador, pues pese a que fueron presentados por lo menos tres proyectos de leyes de la Administración Descentralizada ante el Congreso de la República,

nunca se logró el consenso necesario para su sanción. Por esa razón la especie "empresa del Estado" fue definida en varias leyes orgánicas y especiales, sobre la base de la participación mayoritaria del Estado en las mismas (cincuenta por ciento o más del capital social).

En fin, durante la vigencia de la Constitución de 1961 las empresas públicas, atendiendo a su literalidad, respondían más a una concepción doctrinaria, que a una regulación normativa, pero en el marco de la mencionada concepción eran consideradas como el género de un conjunto de entes estatales con finalidad económica (especies) dentro de los cuales destacaban por su número e importancia, las empresas del Estado constituidas con forma de sociedad anónima, inclusive algunas teniendo como único socio a la Administración, pues el número de las constituidas como sociedades civiles era muy reducido. También en un número reducido fueron creadas con forma de institutos autónomos.

15.6.4.2. **Las empresas públicas en la Constitución de 1999**. La Constitución vigente sí alude literalmente a las empresas públicas, en su artículo 184, num. 4, que establece la obligación de los Estados y los Municipios de descentralizar y transferir a las comunidades y a los grupos vecinales organizados los servicios que esos entes gestionen, previa demostración de que las referidas comunidades y grupos tienen capacidad para prestarlos. A los fines de lograr ese objetivo deben promover, entre otras actividades, la participación de los trabajadores y comunidades en la gestión de las **empresas públicas** mediante mecanismos autogestionarios y cogestionarios.

Es cierto que se trata de una referencia incidental, pero que resulta reveladora de la voluntad de la Constitución de otorgarles, por lo menos a los Estados y Municipios, la competencia para crear empresas públicas, ya que esa participación comunitaria autogestionaria y cogestionaria que el texto constitucional erige en deber de los mencionados entes territoriales, sólo será posible previa creación de las referidas

empresas. De modo, pues, que la indicada referencia constitucional, aunque pueda calificarse de incidental, indudablemente que constituye un basamento para la creación de empresas públicas por parte de los Estados y Municipios.

Esa tesis aparece reforzada por la voluntad manifiesta de la Constitución, expresada en su artículo 300, al ordenar al legislador nacional la formulación de un marco regulatorio para la creación de entidades funcionalmente descentralizadas. En efecto, el dispositivo prescribe "La Ley nacional establecerá las condiciones para la creación de entidades funcionalmente descentralizadas para la realización de actividades sociales o **empresariales**, con el objeto de asegurar la razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellas se inviertan". Queda claro entonces que a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el legislador quedó obligado a dictar el mencionado marco regulatorio, pero el cumplimiento de dicha obligación está afectada por la dificultad en la determinación del ámbito de aplicación del indicado marco legislativo.

La dificultad se deriva del concepto de descentralización funcional implicado en ese mismo artículo, pues a diferencia de la concepción clásica que impone la transferencia exclusivamente de competencias de ente público a ente público, queda claro que el constituyente soslayó dicha tesis, extendiendo tanto el objeto de la transferencia, que puede estar referido a competencias o a meras actividades, como a la naturaleza de los sujetos receptores de la competencia o actividad, que pueden ser entes públicos o entes privados estatales. Planteada así la situación entonces habría que preguntarse si la Ley está referida exclusivamente a los entes privados estatales, o incluye también a los entes públicos, concretamente a los institutos autónomos.

Esta interrogante replantea la misma situación que examinamos en el punto relativo a la reserva de industrias, explotaciones, etc., visto que perfectamente podría sancionarse una Ley que en forma general y

abstracta establezca los requisitos necesarios para la creación de institutos autónomos, correspondiéndole al Ejecutivo Nacional darle aplicación a los correspondientes preceptos, a los fines de la creación esos entes públicos, pero igualmente puede interpretarse que el constituyente exige en el artículo 142 de la Constitución una Ley especial para crear o extinguir cada nuevo instituto autónomo, caso en el cual los entes públicos estarían excluidos del ámbito subjetivo de la ley ordenada en el citado artículo 300 ejusdem.

Reconocemos que la armonización de los artículos 142 y 300 de la Constitución pudiera dar lugar a la formulación de cualquiera de las dos tesis, pero en Venezuela, juega a favor de la segunda, es decir, a la creación de cada instituto autónomo, mediante ley especial, un argumento de carácter histórico que fue el que privó en el constituyente de 1961, relativo a la necesidad de incluir en la reserva legal la creación y extinción de este tipo de entes públicos, visto que la experiencia histórica durante el tiempo en que la Constitución otorgaba esa facultad al Ejecutivo no resultó satisfactoria. Por lo demás, cabe observar que el artículo 142 no hace más que repetir textualmente al artículo 230 de la Constitución derogada.

Por otro lado, el examen del artículo 236 de la Constitución que confiere las competencias exclusivas y excluyentes al Presidente de la República, en su numeral 20, al atribuirle la potestad organizativa, se cuida de limitarla a la creación de órganos, erigiéndole de esa manera una interdicción para la creación de entes públicos, de tal manera que una Ley que le confiriera la potestad para crear entes públicos por actos de rango sublegal, infringiría dicho precepto; de allí pues, que la armonización de los artículos 141 y 236, numeral 20, conduzca en definitiva a postular que la tesis interpretativa correcta es la segunda. Más aún, la exigencia de una ley para crear un ente público, cualquiera que sea, se inscribe dentro de los lineamientos fundamentales concernientes a las personas jurídicas públicas en el Derecho Comparado, pues en casi todos los países rige la regla recogida en el artículo 142

constitucional, o sea, que la creación y extinción de este tipo de entes es materia de reserva legal.

De modo, pues, que la Ley prevista en el artículo 300 de la Constitución debe reducir su ámbito de aplicación a las personas jurídicas de derecho privado estatales, contempladas en el artículo 145 ejusdem, dentro de las cuales están comprendidas las empresas públicas, en virtud de que serán ellas las encargadas de realizar **actividades empresariales**, y por consiguiente, queda claro el fundamento constitucional expreso de las mismas. Inclusive si en la sanción del referido texto legislativo se adopta la misma práctica de la Ley Orgánica de la Administración Pública, y de la Ley del Estatuto de la Función Pública, su ámbito de aplicación podría extenderse hasta las empresas públicas estadales y municipales contempladas en el artículo 184, numeral 4, del texto constitucional.

Finalmente, en el marco de un sistema de economía social de mercado, en el cual por principio existe la concurrencia o coiniciativa del Estado y los particulares en la actuación en la economía, y en el caso concreto venezolano, en el que pareciera predominar la iniciativa del primero sobre los particulares, no se requiere una disposición constitucional expresa para que el Estado pueda crear empresas públicas a los fines de intervenir directamente en la economía, pues estas son técnicas ordinariamente utilizadas por el Estado en su rol de interventor. Más aún, en el supuesto de que la Constitución económica no revelase el indicado predominio del Estado, y se mantuviese la concurrencia del Estado y el mercado en términos equilibrados, de todas maneras no se requeriría disposición constitucional alguna para que la Administración pudiese crear empresas públicas, pues la misma estaría implícita en las normas que configuran el denominado sistema de economía social de mercado, sobre todo en la derivada de la facultad que se le otorga para planificar, racionalizar y regular la economía, así como la que articula dicho sistema en el principio de justicia social (art. 113 y 299 constitucionales).

15.6.4.3. **La nueva noción de empresa pública derivada del ordenamiento postconstitucional**.

15.6.4.3.1. **El criterio funcional de empresa Pública**. Hemos afirmado que pese a la dificultad de llegar a una definición unívoca de empresa pública en cualquier parte, en Venezuela se dificultaba mucho más durante la vigencia de la Constitución de 1961, debido a la ausencia de un marco regulatorio legal, e inclusive por la casi inexistencia –en términos literales– de esa figura en el ordenamiento legal. Pero lo que sí resultaba inocultable era la cantidad de entes estatales que podían recibir esa denominación doctrinaria genérica. Fue así como siguiendo a la doctrina francesa se impuso el aludido criterio funcional, atendiendo al cual se reputaba como empresa pública a todo ente creado por el Estado, independiente de su modelo organizativo o forma jurídica, siempre y cuando estuviese destinado a producir bienes y servicios para la venta.

De este modo, entraron en esta categoría tantos entes públicos como privados estatales. Así por ejemplo fueron creados institutos autónomos como el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, el Instituto de Crédito Agropecuario y el Fondo de Inversiones de Venezuela. Inclusive quizás sea importante señalar que las primeras intervenciones del Estado en la economía en el siglo XX, se hicieron mediante esta figura, cuando fueron creados como institutos autónomos el Banco Agrícola y el Banco Obrero en 1928; pero obviamente el mayor número de empresas públicas fue creado a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1961, bajo la modalidad de las denominadas "empresas del Estado", constituidas casi todas ellas como sociedades anónimas, en las cuales el Estado detentaba una participación igual o superior al cincuenta por ciento, y un reducido número bajo la modalidad de sociedades civiles, también con participación mayoritaria del Estado.

El número así como la importancia de las Empresas del Estado, casi condujo en la práctica a convertir a esta especie en un género, y

tal vez esa realidad jurídica, condujo a CABALLERO (1982), a sostener que la empresa pública era un concepto económico, y que en cambio la empresa del Estado tenía un contenido jurídico preciso. Resulta dudoso que aun bajo la vigencia de la Constitución de 1961, pudiese establecerse una separación tan categórica, pues atendiendo a los indicadores jurídicos que permitían caracterizar tanto a las empresas públicas, como a las empresas del Estado, consideramos que entre ellas no existía más que la diferencia propia de una relación de género a especie, razón por la cual había que admitir que la empresa pública si tenía una connotación jurídica. En realidad lo que nos interesa destacar es que el criterio funcional imperante, permitía incluir en la categoría bajo examen tanto a entes públicos, como a entes privados, cuestión que al parecer cambió a la luz de la legislación dictada con posterioridad a la Constitución de 1999.

15.6.4.3.2. **La reducción ocurrida en el criterio funcional de empresa pública a partir del año 2000**.

15.6.4.3.2.1. **El artículo 300 constitucional y las Leyes Orgánicas de la Administración Pública y de la Administración Financiera del Sector Público**. La Ley exigida por el artículo 300 de la Constitución, que deberá constituir el marco regulatorio de los entes privados estatales, entre los cuales destacan por su importancia las empresas públicas, aún no ha sido dictada, sin embargo, debemos señalar que en cambio han sido promulgadas dos importantes leyes que contienen muy importantes regulaciones sobre las empresas públicas. En efecto, en el año 2000 fue sancionada por la Comisión Legislativa Nacional ("El Congresillo") la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (LOAFSP), y en 2001 la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP). La primera contiene unas pocas normas recogidas en dos o tres artículos que regulan de manera puntual pocos aspectos de las empresas públicas, pero que guardan relación con la reducción mencionada en el epígrafe; en cambio, la segunda si contiene muy importantes disposiciones sustantivas sobre las empresas

públicas, que denomina empresas del Estado, al punto que llegan a configurar un mini marco regulador de las mismas.

15.6.4.3.2.2. **La pertinencia de incluir el marco regulatorio de las empresas Públicas en la Ley Orgánica de la Administración Pública**. Sobre el texto legislativo mencionado en el epígrafe no dejan de surgir serias dudas acerca de la pertinencia de incluir en su texto disposiciones sobre las empresas públicas, pues cabe recordar que el mismo (Ley Orgánica de la Administración Pública) está contemplado en los artículos 156, numeral 32, y 236, numeral 20, constitucionales, el primero establece que su contenido debe estar destinado a regular **la organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado**, y el segundo estatuye que su contenido debe estar referido a los principios y lineamientos que limiten el ejercicio de la potestad organizativa del Presidente de la República en materia de **órganos de la Administración Pública Nacional**.

De modo que la Ley Orgánica de la Administración Pública sólo podía estar referida a los **órganos** de la Administración Pública Nacional, y a las institucionales nacionales del Estado. Ahora bien, aunque la expresión “instituciones nacionales” carece de rigor técnico jurídico, debido a que el texto constitucional especifica muy claramente la organización de los Poderes Públicos, y a ninguno le otorga esa denominación. En todo caso, está contenida en el referido artículo, y pareciera más una expresión sociológica que jurídica, pero ello no exonera al intérprete de la obligación de darle una connotación jurídica, y en tal sentido resulta claro que pretende aludir a una forma organizativa pública, bien a un ente público o a un órgano administrativo, pero si fuera a un ente carecería sentido, desde luego en el contexto interpretativo a que nos referimos, ya que conforme al artículo 142 constitucional los entes deben ser creados mediante ley, y si es a un órgano constitucional o con relevancia constitucional, ya sabemos que todos ellos están excluidos de la potestad organizativa del Presidente de la

República, en virtud de que la gran mayoría son creados por la propia Constitución, y regulados necesariamente por Ley, o por actos con fuerza de Ley, verbigracia, la Procuraduría General de la República, el Ministerio Público, el Tribunal Supremo de Justicia, el Consejo Nacional Electoral, etc.

De conformidad con la tesis antes expuesta, la locución "institutos nacionales" del Estado contemplada en el artículo 156, num 32, de la Constitución, revelaría un error del constituyente, en caso que se pretendiera equipararla a los entes, porque el legislador no podría establecer reglas para la creación de entes públicos mediante el ejercicio de la potestad organizativa conferida al Presidente de la República, y mucho menos para la regulación de los órganos constitucionales o de relevancia constitucional, pues esa materia está reservada a leyes especiales orgánicas u ordinarias. Tampoco podría pretenderse incluir dentro de la señalada locución, ni siquiera ubicándose en las perspectiva sociológica, a las empresas públicas, concretamente a las sociedades anónimas estatales, verbigracia el Metro de Caracas, CADAFE, etc., en virtud de que ni son órganos como los antes mencionados, ni son entes públicos.

Y en el supuesto negado de que se admitiese que el artículo 156, numeral 32, al utilizar la locución "instituciones nacionales" del Estado, pretende que en la Ley Orgánica de la Administración Pública sean reguladas también las empresas públicas, como efectivamente se hizo, entonces carecería de todo sentido que el constituyente hubiere ordenado en el artículo 300 la sanción de una Ley para crear un marco regulatorio de las personas jurídicas estatales de derecho privado, dentro de las cuales quizás el noventa por ciento está integrado precisamente por empresas públicas bajo la modalidad de empresas del Estado, máxime si se tiene en cuenta que durante la discusión que sobre el citado artículo 300 se produjo en la Asamblea Nacional Constituyente, gracias a la intervención del constituyente Brewer, quedó muy claro que se trataba de una Ley destinada a establecer el marco regulatorio

para la creación de empresas públicas, porque inclusive se pretendía en la disposición presentada por la Comisión respectiva, que esa creación pasara por la aprobación de la Asamblea Nacional, mediante Ley.

De modo, pues, que a la luz de los razonamientos anteriores no queda más que concluir que el legislador incurrió en un error al incluir en una Ley destinada a sentar los principios y lineamientos de la organización de la Administración Pública Nacional, concretamente de los órganos que forman parte de la misma en sus dos ramas, a los cuales debe ajustarse el Presidente de la República al ejercer la potestad organizativa, a las empresas públicas, bajo la denominación de "empresas del Estado". En consecuencia, debe dar cumplimiento al artículo 300, y dictar la Ley que discipline la creación de las personas estatales de derecho privado, y más concretamente a las empresas públicas. Mientras tanto, el examen sobre estos entes deberá versar necesariamente sobre los preceptos contenidos en las Leyes Orgánicas de la Administración Pública y de la Administración Financiera del Sector Público.

15.6.4.3.2.3. **La reducción subjetiva del concepto de empresa pública a la luz de la Constitución y la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público**. Es necesario hacer notar que la Ley prevista en el artículo 300 de la Constitución debe disciplinar entes descentralizados funcionalmente con cometidos empresariales y sociales, en los cuales, por supuesto, el Estado invierta recursos públicos; de allí que atendiendo a la concepción que priva tanto en la doctrina extranjera como en la nacional, que permitió construir la noción funcional de empresa pública, relativa a que su objeto básico sea la producción de bienes y servicios para la venta, en ese futuro texto legislativo sólo tendrán el carácter de entes descentralizados funcionalmente, en la modalidad de empresas públicas, aquellos que realicen actividades empresariales; en cambio, los que realicen actividades prestacionales de carácter social no recibirán esa calificación. Así por ejemplo, si se constituye una sociedad anónima para

atender el servicio público de salud, aunque adopte esa forma jurídica, al no realizar actividad empresarial, no podrá ser calificada como empresa pública, todo a la luz del citado artículo 300 constitucional, que como afirmamos, distingue entre entes creados para realizar actividades empresariales y entes creados para realizar actividades sociales.

Por otro lado, cuando la Constitución opta por separar acudiendo a disposiciones distintas, e igualmente a leyes diferentes, la creación de entes descentralizados funcionalmente de carácter público y de carácter estatal privado, y especifica que pueden tener carácter empresariales solamente estos últimos, pareciera que se decanta por suprimir del campo de las empresas públicas, a los denominados entes públicos empresariales en términos de la doctrina europea, o institutos autónomos con finalidad esencialmente económica, en nuestro caso, y dejar en el ámbito de las empresas públicas, exclusivamente aquellas creadas con forma de sociedad mercantil y tal vez de sociedad civil.

A luz de esa tesis interpretativa derivada de los artículos 142 y 300 de la Constitución, es posible concluir que se ha reducido significativamente el ámbito subjetivo de la concepción de empresa pública, pues sólo entrarían en esa categoría aquellos entes estatales privados que realicen actividades empresariales, quedando excluida de la misma los entes estatales privados cuyo cometido sea realizar actividades sociales, y los institutos autónomos, independientemente de su objeto, que de ahora en adelante conforme a esta tesis hermenéutica, estarían impedidos de producir bienes y servicios para la venta.

La tesis formulada está basada exclusivamente en los señalados preceptos constitucionales, pero ocurre que al parecer el legislador la tuvo en cuenta al enumerar y clasificar a los entes que forman parte del sector público de la economía en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público. Efectivamente, el artículo 6 de dicho texto precisa que conforman el sector público, la República, los Estados, el Distrito Metropolitano de Caracas, los Distritos, los Munici-

pios, los **institutos autónomos**, las personas jurídicas estatales de derecho público, las **sociedades mercantiles** en las cuales la República, o las demás personas antes mencionadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento del capital social, las sociedades de propiedad totalmente estatal, las cuales mediante la posesión de acciones en otras sociedades, tengan como finalidad coordinar la gestión empresarial pública de un sector de la economía nacional, las sociedades en las cuales las sociedades mencionadas anteriormente tengan participación igual o mayor al cincuenta por ciento del capital social; las fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con fondos públicos o dirigidas por algunas de las personas antes mencionadas, cuando la totalidad de los aportes presupuestarios o contribuciones en un ejercicio, efectuados por una o varias de las personas antes indicadas, represente el cincuenta por ciento o más de su presupuesto.

Hemos enumerado a todos los entes integrantes del sector público de la economía, con la única finalidad de contextualizarlos con la clasificación que de esos entes aparece en el artículo 7 ejusdem, entre **entes descentralizados sin fines empresariales, y entes descentralizados con fines empresariales**. Figuran entre los primeros únicamente los institutos autónomos, las personas jurídicas estatales de derecho público, y las fundaciones y asociaciones civiles del Estado, y la ley les otorga esa denominación porque "no realizan actividades de producción de bienes y servicios destinados a la venta y cuyos ingresos provengan fundamentalmente del presupuesto de la República".

Los segundos son definidos como aquellos entes descentralizados, aunque la Ley omite calificarlos, a diferencia del anterior, de "descentralizados funcionalmente", "cuya actividad principal es la producción de bienes y servicios destinados a la venta y cuyos ingresos o recursos provengan de esa actividad". Desde luego, que la omisión a que nos referimos es meramente involuntaria del legislador, porque sería absurdo calificar como entes con fines empresariales a los territoriales mencionados en el artículo 7 (República, Estados, Municipios), máxime

si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 7 del Código de Comercio esos entes no pueden asumir la condición de comerciantes; de allí que entrarían en esa categoría exclusivamente las tres clases de sociedades mercantiles antes enumeradas.

En conclusión, a la luz de los artículos 156, num 32, 236, num 20, 142 y 300 de la Constitución, en concordancia con los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, el ámbito subjetivo de las empresas públicas ha quedado reducido a las denominadas empresas del Estado bajo forma mercantil, es decir, aquellas que realizan de manera preeminente actividades económicas (producción de bienes y servicios destinados a la venta), razón por la cual desaparece la categoría de entes públicos empresariales, o más propiamente institutos autónomos que produzcan bienes y servicios, lo que conduce a presumir que los que existan con esta connotación deberían ser transformados en empresas del Estado, y los que se creen de aquí en adelante deberán realizar exclusivamente actividades administrativas, o inclusive actividades sociales, con la finalidad de ajustarse a las nuevas regulaciones constitucionales y legales.

15.6.4.3.2.4. **El ámbito subjetivo de la concepción de empresa pública derivada del artículo 29 de la Ley Orgánica de la Administración Pública**. Hemos afirmado que de los dispositivos constitucionales y legales antes examinados, se desprende que los institutos autónomos, por ser entes públicos, no integran la categoría de las empresas públicas, que deben revestir carácter de entes estatales privados que realicen actividades empresariales. Recordamos que así lo establece categóricamente el artículo 7, numeral 1, de la LOAFSP al incluir dentro de los entes descentralizados funcionalmente sin **fines empresariales**, a los **institutos autónomos**, a las **personas jurídicas estatales de derecho público**, y a las fundaciones y asociaciones civiles del Estado o públicas.

Ahora bien, el artículo 29 de la LOAP, que regula el principio de "descentralización funcional", que según se desprende del Diario que

recogió las discusiones que se produjeron en la sesión de la Asamblea Nacional Constituyente en que fue aprobado dicho dispositivo (Diario de Debates), fue modificado en su redacción original a proposición de uno de los Diputados, para que concordara con la clasificación de los entes descentralizados funcionalmente recogida en el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, aunque parezca paradójico, contradice dicho artículo en lo tocante a la división entre entes con y sin fines empresariales.

Efectivamente, el citado artículo 29 de la LOAP clasifica los entes descentralizados funcionalmente en entes con forma de derecho privado y con forma de derecho público. A los primeros los subdivide en entes con fines empresariales y sin fines empresariales, repitiendo textualmente las definiciones contenidas en la LOAFSP, pero a los segundos los define como sigue: "Entes descentralizados funcionalmente con forma de derecho público, estarán conformados por aquellas personas jurídicas creadas y regidas por normas de derecho público y **podrán perseguir fines empresariales o no empresariales, al igual que podrán tener atribuido el ejercicio de potestades públicas".** La sola lectura del dispositivo transcrito revela la contradicción del mismo, con el artículo 7 de la LOASP, al cual pretendía ajustarse, pues como hemos visto este último excluye categóricamente a los entes públicos, de aquellos que tienen fines empresariales, en cambio el transcrito, al contrario establece que pueden tener fines empresariales.

Aparte de lo confuso y erróneo de la redacción, pues prevé que los entes públicos sean creados por "normas de derecho público", y que podrán ejercer "potestades públicas", resulta necesario resolver el conflicto internormativo que se configura entre ambos textos legislativos, porque si prima la LOAP, entonces hay que desestimar la tesis antes expuesta sobre el ámbito subjetivo de la concepción funcional de empresa pública, y volver a la anterior, admitiendo que los institutos autónomos y en general cualquier modalidad de ente público puede ser conceptuado como empresa pública, si está dedicado a la

producción de bienes y servicios. El conflicto reviste singular importancia, porque de imponerse la primera tesis cesaría la creación de entes públicos de carácter económico, y en cambio, de prevalecer la primera, se mantendría la práctica de la creación de ese tipo de entes públicos económicos, o entes públicos empresariales (institutos autónomos con fines empresariales).

A los fines de asumir una posición, debe recordarse, en primer lugar, que la Ley Orgánica de la Administración Pública no es el texto legislativo exigido por la Constitución para regular a los entes privados estatales, dentro de los cuales ocupan un espacio del noventa por ciento o más las empresas públicas; en segundo lugar, que la Constitución distinguió entre entes públicos y entes privados estatales (art. 142 y 300), reservándole implícitamente a los primeros la realización de funciones administrativas, y fijarle en forma exclusiva a los segundos la realización de **actividades empresariales**, de tal manera que cuando una Ley rompe esa división constitucional, al asignarle **fines empresariales** a los entes públicos, sin dudas, que incurre en una clara incompatibilidad con la Constitución.

Por el contrario, cuando la LOAFSP, al regular en el ámbito de su esfera competencial, los entes integrantes del sector público de la economía, y establecer que las personas jurídicas de derecho público carecen de fines empresariales, se ajusta a la indicada división constitucional; de allí la razón que nos conduce a sostener que debe primar el artículo 7 de la LOAFSP sobre el artículo 29 de la LOAP.

Más aún, juega en favor de esa tesis la tendencia presente en el Derecho Comparado, concretamente en aquellos países donde todavía existe un importante desarrollo normativo sobre las empresas públicas, en el sentido de reducir el espacio de estas empresas exclusivamente a las sociedades mercantiles totalmente estatales, o con participación mayoritaria del Estado, suprimiendo a los entes públicos empresariales, o entes públicos económicos, debido a los múltiples problemas que se

suscitaban debido a las potestades públicas que ejercía el Ministerio de adscripción sobre el ente público económico, lo que muchas veces conducía a que las regulaciones de Derecho privado, que debían privar "ad extra", en su relaciones con los terceros, se tornaran nugatorias, precisamente debido a las directrices impartidas por el órgano de adscripción en ejercicio de las referidas potestades.

Sobre la base de los razonamientos anteriores debe concluirse que a raíz de la promulgación de la Constitución de 1999, así como de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, el ámbito subjetivo derivado de la concepción funcional de empresa pública, quedó reducido a los entes estatales de derecho privado, creados con forma de sociedad mercantil, manteniendo desde luego el ámbito objetivo que origina la concepción: la realización de actividades empresariales, o la producción de bienes y servicios para la venta, razón por la cual no habría razón ya para predicar una relación de género a especie, pues sólo habría una forma de empresa pública: la que se conoce como empresa del Estado, y por consiguiente, la única potencial especie se confundiría con el único género, lo que podría dar lugar a que en la Ley que se dicte en desarrollo del artículo 300 se pueda decidir utilizar la locución empresa pública, pero igualmente puede continuar utilizándose la de empresa del Estado, que dicho sea de paso también aparece mencionada en la Constitución en el artículo 189, num 1 y 3.

En esa perspectiva hermenéutica podría plantearse una equivalencia entre empresa pública y empresa del Estado, y sería correcto utilizar una u otra expresión, pero corresponderá al señalado texto legislativo optar por uno de los dos. Por lo pronto hay que advertir que la Ley Orgánica de la Administración Pública, como lo veremos, más adelante se decantó por utilizar la expresión "empresas del Estado.

15.6.4.4. **Los elementos básicos en la definición de la empresa pública.**

15.6.4.4.1. **La personificación**.

15.6.4.4.1.1. **La personalidad jurídica de las empresas públicas**. No cabe duda que en Venezuela las empresas públicas son personas jurídicas distintas del Estado, no sólo porque exista una norma que así expresamente lo establezca, sino que todo el ordenamiento conduce a esa conclusión. Así, por ejemplo la propia Constitución cuando ordena dictar una ley para crear el marco regulatorio de la creación de entes descentralizados funcionalmente estatales privados, no hace más que establecer que cada uno de esos entes que lleguen a crearse deberán tener personalidad jurídica distinta del Estado o del ente público que los cree, sencillamente, porque la fórmula de la descentralización funcional impone de manera imperativa la necesaria creación del ente a quien se le va a transferir la competencia o la actividad, de tal manera que no puede existir jurídicamente descentralización funcional, sin que exista un ente creado "ex novo" al que se le transfiere la competencia (ente receptor), y un ente creado que pierde la competencia transferida (ente transfirente). En otros términos, la connotación conceptual implicada en la descentralización funcional, que es la fórmula organizativa utilizada para la creación de empresas públicas, conduce inexorablemente a predicar la personificación de cada empresa pública que se cree.

Pero por si existieran dudas, que no deberían existir, el artículo 29 de la LOAP, se encarga de disiparlas al definir a los entes descentralizados funcionalmente privados, como las **personas jurídicas** constituidas y regidas de acuerdo a las normas de derecho privado, y además el 101 ejusdem, establece claramente que las empresas del Estado adquirirán "**La personalidad jurídica** con la protocolización de su acta constitutiva en el registro mercantil...".

Quedaría por discutir si llegare a replantearse a la luz de la Constitución de 1999 el problema, ya zanjado en Venezuela por la extinta Corte Suprema de Justicia, acerca de si las empresas públicas son propiedades de la Administración Pública, o conforman a la propia Administración, es decir, son parte de ella. El mencionado órgano jurisdiccional se pronunció por la segunda tesis, razón por la cual las empresas públicas, y más concretamente las empresas del Estado, conjuntamente con las Fundaciones y las Asociaciones Civiles del Estado, son parte de la Administración Pública, y ello explica la razón de que doctrinaria, normativa y jurisprudencialmente sean incluidas en la rama denominada Administración descentralizada funcionalmente. Y también ello podría servir para intentar explicar la razón de la inclusión –en nuestro criterio errónea– de las empresas públicas dentro del texto de la LOAP, empresas que como hemos sostenido, de conformidad con el artículo 300 de la Constitución, deben ser reguladas por una ley diferente. En fin, hasta ahora la discusión planteada en otros países no se ha reabierto, y por el contrario todo indica que prevalece la tesis relativa al carácter de administración pública que revisten las empresas públicas.

15.6.4.4.1.2. **Los modelos organizativos: reducción exclusivamente a las empresas del Estado**. La doctrina suele referirse a las diversas especies de entes que conforman el género empresas públicas, así como a las modalidades que pueden adoptar esos entes. Ahora bien, de acuerdo con la tesis interpretativa que propusimos anteriormente, en Venezuela a partir de la promulgación de la Constitución y de la LOAFSP existe solamente una clase de empresa pública: aquella constituida en forma de sociedad mercantil, mediante la fórmula de la descentralización funcional, con fines empresariales, esto es para producir bienes y servicios para la venta, excluyéndose de esa manera la posibilidad de que puedan crearse empresas públicas con forma de entes públicos (institutos autónomos).

De modo, pues que en el contexto de esa tesis el Estado sólo puede crear empresas públicas acudiendo a la forma del Derecho

privado, e inclusive intentando hacer una mejor precisión del asunto mediante la LOAP, encontramos que ese único modelo es denominado por el artículo 100 y siguientes de dicho texto legislativo "empresas del Estado", que por fuerza del Derecho positivo, será el que utilizaremos de aquí en adelante en el desarrollo de este punto, dejando constancia de que, en nuestro criterio, resulta válido utilizar indistintamente empresa pública y empresa del Estado. Por supuesto, que las empresas del Estado pueden llegar a revestir características especiales, como por ejemplo, las conocidas sociedades anónimas de un solo socio.

15.6.4.4.1.3. **La definición de las empresas del Estado en la LOAP (personificación y participación mayoritaria).** El artículo 100 de la LOAP define a las empresas del Estado como "las sociedades mercantiles en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere esta Ley, solo o conjuntamente, tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital".

De la definición transcrita, aparece claramente configurada la personificación como uno de los elementos esenciales de la misma, la cual queda revelada en la norma cuando establece que deben ser **sociedades mercantiles**, las cuales de conformidad con lo preceptuado en el Código de Comercio sólo revisten esa condición, si previamente adquieren **personalidad jurídica,** con la inscripción en la correspondiente Oficina de Registro Mercantil (art. 212 y 219 Cod. Co). Por otro lado, conforme a ese precepto las empresas del Estado necesariamente deben ser sociedades mercantiles, razón por la cual se excluye que puedan ser conceptuadas como tales las sociedades civiles que llegue a crear la Administración. Por lo tanto, pueden ser creadas teóricamente, a tenor de lo preceptuado en el artículo 201 del Código de Comercio, como sociedades en nombre colectivo, en comandita, anónimas y de responsabilidad limitadas, pero la práctica demuestra que el Estado opta casi siempre por la sociedad anónima, e inclusive en otros ordenamientos esa es la modalidad ordenada normativamente para crear empresas públicas.

El otro elemento esencial de la definición legal, está constituido por la participación mayoritaria pública, esto es, más del cincuenta por ciento en el capital social. Esa participación puede ser de un solo o de varios entes públicos, inclusive a la luz del citado artículo 100, tal participación no necesariamente debe ser de entes que integren una rama de la Administración Pública, vista desde la perspectiva organizativa vertical, pues resulta válido que tengan participación, por ejemplo, un Municipio, un Estado y la República, y siempre que dicha participación conjunta en el capital social sea superior al porcentaje indicado, estaremos en presencia de una empresa del Estado. Por lo demás así está previsto en el artículo 103 ejusdem, el cual faculta a la República, Estados, Municipios y demás entes contemplados en esa Ley tener participación en cualquier tipo de sociedades, suscribir o vender acciones, e incorporar nuevos accionistas del sector público.

Es preciso advertir que el referido porcentaje es parcialmente distinto al señalado en el artículo 6 de la LOAFSP, para identificar a las sociedades mercantiles creadas por el Estado o por cualquier ente público, o por varios entes públicos, que integran el sector público de la economía, pues en ese texto legislativo la **participación debe ser igual** o superior al cincuenta por ciento del capital social, de tal manera que una empresa con participación igual al cincuenta por ciento no podrá, pese a integrar el sector público de la economía, ser calificada como empresa del Estado.

Ha de advertirse que la exigencia de un porcentaje de participación estatal superior al cincuenta por ciento, aparece establecida en el artículo 22 del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos a los fines de constituir empresas mixtas para la realización de las actividades primarias definidas en ese Decreto ley, y que dicho instrumento normativo fue dictado con posterioridad a la LOAP, lo que permite presumir que el legislador ejecutivo no hizo más que ajustarse al artículo 100 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

A la luz de esta tesis interpretativa razones pragmáticas aconsejan que cuando el Estado pretenda constituir una sociedad mercantil como empresa del Estado, estará obligado a participar en su capital social con un porcentaje superior al cincuenta por ciento. Por lo demás, así lo recomiendan razones de equidad, en virtud de que en términos ordinarios un cincuenta por ciento del capital de una empresa, que esté en manos del Estado, no puede considerarse superior al cincuenta superior que esté en manos de los privados. Es cierto que existen las denominadas acciones doradas en materia de sociedades anónimas, pero esa situación excede, desde luego, a la definición bajo examen, pues se relaciona con el control ejercido sobre este tipo de empresas, que será examinado más adelante.

Cabe finalmente hacer notar que la denominación "empresa del Estado", puede en un primer momento generar confusión, porque la tendencia es a relacionarla con el Poder Nacional, mejor con la República; no obstante en el artículo 104 de la LOAP se establece categóricamente que pueden ser creadas por todos los entes territoriales (La República, los Estados, los Municipios y los Distritos Metropolitanos), pero también por entes descentralizados funcionalmente de los mismos (institutos Autónomos, Universidades, otras empresas del Estado etc.).

Es cierto que el Estado al que alude la denominación es al ente omnicomprensivo que abarca a todos los entes territoriales, esto es, al sujeto de derecho internacional público, e inclusive que también se extiende a los entes descentralizados funcionalmente de esos entes territoriales, pero para entender esta inclusión se requiere una reflexión académica de cierta importancia. Por esa razón habría que explorar, pese a la tradición normativa y doctrinaria, la posibilidad de darle la denominación de "empresa pública", que denota más fácilmente la naturaleza pública de la empresa, independiente del ente territorial o no territorial, público o privado estatal, que detente en la misma el porcentaje de participación requerido legalmente.

15.6.4.4.1.4. **La creación de las empresas del Estado**. El artículo 101 de la LOAP, sujeta la creación de las empresas del Estado al cumplimiento de dos actos en forma sucesiva, uno, el primero, regido por el Derecho Público, que consiste en la autorización emanada del Presidente de la República en Consejo de Ministros para el caso de las empresas del Estado nacionales, de los Gobernadores y de los Alcaldes en el caso de las empresas Estadales y Municipales. La autorización puede adoptar la forma externa de decreto o resolución, según la correspondiente Ley de Procedimientos Administrativos.

El segundo acto está regido por el Derecho Mercantil, y consiste en la protocolización del acta constitutiva por ante la Oficina de Registro Mercantil que corresponda, a los fines de la adquisición de la personalidad jurídica, desde luego, de Derecho privado, tal como lo preceptúa el artículo 29, numeral 1, de la misma LOAP. En la Oficina de Registro Mercantil deben quedar archivados los Estatutos, y un ejemplar de la Gaceta Oficial donde aparezca publicado el decreto o resolución que autorice la creación de la empresa del Estado.

Ha de advertirse que resulta condición necesaria para la validez de la creación de las empresas del Estado la autorización emanada de la autoridad competente, la cual deberá ser anexada al acta constitutiva cuando se solicite la protocolización de ésta, y archivada en el Registro, como indicamos antes. Sin dicha autorización el Registrador no deberá iniciar la tramitación. Si bien en la Administración Pública Nacional basta con la autorización del Presidente de la República, emanada en Consejo de Ministros, para que proceda la creación de la empresa, las leyes pueden establecer requisitos adicionales en ese sentido. Un requisito de esa naturaleza es el que establece el artículo 33 del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, que condiciona la constitución de empresas mixtas para la realización de las denominadas actividades primarias, a la aprobación previa por parte de la Asamblea Nacional, órgano que estará facultado para modificar las propuestas formuladas por el Poder Ejecutivo, o establecer las que considere conveniente.

En realidad más que un requisito adicional de constitución de una empresa del Estado, que ciertamente lo es, porque sin esa aprobación no es posible protocolizar el acta constitutiva, se trata de un acto de control parlamentario sobre una actuación administrativa vinculada con la gestión de la industria petrolera, que como se sabe resulta básica para el funcionamiento de la economía nacional. En todo caso, aunque sustantivamente sea un mecanismo de control parlamentario, formalmente es un requisito de creación de la empresa, pues si un Registrador protocoliza una empresa de esta clase sin exigir la aprobación parlamentaria incurre en una grave falta disciplinaria, y desde luego, que el acto de registro deberá reputarse nulo.

La LOAP en su artículo 102 crea una obligación para la empresa recién creada de **publicar** todos los documentos que conforme al Código de Comercio tienen que ser objeto de publicación, en la Gaceta Oficial correspondiente, y con esa publicación se satisfacen las exigencias del referido Código.

Cabe señalar que pueden seguirse otras vías excepcionales para la creación de las empresas públicas. En ese orden de ideas la creación puede ser la consecuencia de una declaratoria de reserva, como ocurrió con la industria del hierro en 1974 y la industria petrolera en 1975. En efecto, como indicamos anteriormente, el Decreto ley y la Ley orgánica respectivamente ordenaron la creación de sendas empresas, previa nacionalización de los bienes pertenecientes a las concesionarias, para el ejercicio monopólico de las actividades de dichas industrias. Pero en todo caso si se constituyen como sociedades anónimas, como efectivamente ocurrió, pese a que la referida creación es ordenada en la Ley, se requiere dar cumplimiento a las disposiciones del Código de Comercio sobre inscripción del Acta Constitutiva en la Oficina de Registro, razón por la cual la particularidad de esta clase de empresas que normalmente son precedidas por un proceso de nacionalización, es que la autorización del Presidente de la República, es sustituida por la contenida en la propia Ley.

También puede ocurrir que por una eventualidad derivada de la quiebra o de la intervención administrativa de determinadas empresas privadas, éstas puedan transformarse en empresas del Estado, porque el Estado pasa a ser propietario exclusivo de las mismas, que fue precisamente lo que ocurrió en los años 1994 y 1995 con ocasión de la denominada crisis del sistema financiero, la cual condujo a que trece o catorce bancos se convirtieran en empresas del Estado, siendo posteriormente privatizadas. En estos casos generalmente la Administración pasa a ser propietaria exclusiva de las empresas quebradas o intervenidas, con la finalidad de tutelar un interés general (empleo, confianza en el sistema financiero, ahorro de los ciudadanos). Desde luego, que en este caso no hay la creación de una nueva empresa, sino una verdadera subrogación del Estado en la titularidad de las acciones de la empresa, la cual sigue existiendo jurídicamente.

Cabe finalmente advertir que la Ley de Presupuesto para el ejercicio fiscal 2003 en su artículo 25 trae una disposición que incide de manera determinante en la creación de empresas públicas, que ha trascendido a la opinión pública con ocasión de la constitución de la empresa del Estado denominada Mercado de Alimentos (MERCAL. C.A.) En efecto, esa disposición pauta:

"La constitución de sociedades anónimas, la suscripción o ventas de acciones y la incorporación de nuevos accionistas del sector público, por los organismos del gobierno central, los Institutos Autónomos y empresas del Estado, así como las fundaciones y asociaciones civiles de carácter público a que se refiere el numeral 10 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, **requerirán la autorización de la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional**, excepto cuando estén enmarcadas en procesos de privatización. Los organismos de adscripción o de tutela correspondiente, deberán tramitar la solicitud acompañada de la exposición de motivos que justifique la operación realizada, y de los estados financieros básicos de los tres (3) últimos años, a través de la Oficina Nacional de Presupuesto.

La Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional dispondrá de quince días continuos para decidir a partir de que se dé cuenta de la solicitud en reunión ordinaria de la Comisión. Si transcurrido este lapso la Comisión de Finanzas no se hubiere pronunciado, la solicitud en referencia se considerará aprobada.

Se exceptúa de la autorización establecida en este artículo a Petróleos de Venezuela y sus filiales (PDVSA), al Fondo Nacional de Desarrollo Urbano (FONDUR), al Fondo de Garantías de Depósitos y de Protección Bancaria (FOGADE), al Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (BANDES), al Banco Industrial de Venezuela (BIV), al Banco Nacional de Ahorro y Préstamo (BANAHP), al Banco Central de Venezuela (BCV), los cuales se sujetarán a las leyes y decretos que rigen sus actividades. No obstante, cuando estos organismos tengan créditos autorizados en esta ley, deberán informar previamente a la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional de todas las operaciones que estimen efectuar en relación con la constitución de sociedades y suscripción o ventas de acciones".

Es necesario destacar que una norma de este tenor, por supuesto sin las precisiones de la transcrita, desde la década de los setenta del siglo pasado siempre ha estado incluida en las leyes de presupuesto anuales, y en realidad más que reflejar un control sobre el presupuesto, reflejaba una especie de control sobre la política económica de la Administración, en lo tocante a su intervención directa en la economía. Ahora bien, si un precepto como el señalado pudo tener sentido bajo la vigencia de la Constitución de 1961, debido a la inexistencia de un marco regulatorio de las empresas públicas, actualmente resulta bastante dudosa su compatibilidad con el artículo 300 de la Constitución de 1999, que ordena la promulgación de una ley especial contentiva de la referida regulación de las empresas públicas, la cual –en forma pertinente o impertinente– aparece recogida en la **Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001**, como quedó explicitado en páginas anteriores.

En ese texto legislativo aparecen claramente delineados los requisitos exigidos para la creación o constitución de las empresas públicas, que consisten en el marco del Derecho público, en la autorización del Presidente en Consejo de Ministros, y en el del Derecho de privado en la inscripción del acta constitutiva en la Oficina de Registro Mercantil. Por cuanto la creación de una empresa pública con carácter de sociedad anónima se trata de una decisión esencialmente de política económica, que de suyo entra en la esfera de competencia la Administración Pública (Poder Ejecutivo), carece de sentido, en nuestro criterio, que en una Ley de Presupuesto se establezca un control sobre ese acto sustantivamente administrativo del Ejecutivo Nacional, pues si de control presupuestario se trata, el mismo no debe recaer sobre esa actuación administrativa, sino más bien sobre el examen de la partidas presupuestarias contenidas en el mencionado texto legislativo, para la creación de empresas públicas, o en el caso de que esas previsiones no estén contenidas en la Ley de Presupuesto, entonces el control deberá ejercerlo esa u otra Comisión Parlamentaria en el momento de la aprobación del crédito adicional solicitado para la creación de la respectiva empresa.

En fin, estimamos que esa norma de la Ley de Presupuesto de 2003 obedece más que a la voluntad de crear un control sobre la creación de empresas públicas, a lo que hemos denominado en este Manual "inercia legislativa", pero en el supuesto de que efectivamente la norma fuera la consecuencia del mencionado fenómeno nocivo de la técnica legislativa, de todas maneras presentaría visos de inconstitucionalidad, ya que se distancia bastante de la "ratio" del artículo 300 constitucional, configurando una clara incompatibilidad, e inclusive se distancia también de la "ratio" del artículo 137 ejusdem, que de alguna manera consagra el denominado principio de separación de poderes, en virtud de que el Parlamento en esa hipótesis se aleja de sus funciones fundamentales de legislación y control, para pasar a **coadministrar**, puesto que la autorización prevista en la norma bajo examen, constituye un claro acto de administración, al punto que el mismo se vincula al

denominado "silencio administrativo". Más aún, en el nuevo contexto constitucional esa norma luce desproporcionada, pues la constitución de una empresa pública, exigiría un "control" que ni siquiera es exigido cuando se pretende crear un Ministerio.

Por supuesto, que desde el punto de vista formal se presenta un claro conflicto internormativo entre el artículo 25 de la Ley de Presupuesto para el ejercicio fiscal 2003, y los artículo 29, 101, y 102 de la Ley Orgánica de la Administración General, que de manera general, atendiendo al mandato constitucional contenido en el citado artículo 300, establecen los requisitos para la constitución de las empresas públicas, el cual, en nuestro criterio, debe resolverse a favor de otorgarle primacía a la segunda, por supuesto, tomando muy en cuenta en el análisis correspondiente las citadas previsiones constitucionales (art. 136 y 300), así como el criterio de la competencia, que resulta básico para resolver este tipo de conflictos, pues ni siquiera es posible esgrimir el criterio de la especialidad de la Ley de Presupuesto, porque ha quedado demostrado que la indicada autorización, está desvinculada del control que sobre la aprobación y la ejecución presupuestaria corresponde ejercer a la Asamblea Nacional.

En todo caso, hasta tanto no se resuelva judicialmente ese conflicto, o sencillamente sin necesidad de plantear el conflicto, a través de un pronunciamiento acerca de la constitucionalidad del artículo 25 de la Ley de Presupuesto de 2003, ciertamente la autorización prevista en dicho dispositivo se convertirá en un signo más, absolutamente erróneo desde el punto de vista doctrinario y conceptual, del "blindaje publicístico" derivado del marco normativo que actualmente rige a las empresas públicas, y a la vez constituye un obstáculo para el desarrollo de una sana política de intervención directa del Estado en la economía, lo que queda demostrado, sin emitir juicios de valor, con la constitución, tal como ha trascendido a los medios de comunicación social en el mes de julio de 2003, de la empresa del Estado denominada MERCAL. C.A. Quedaría también por discutir en una hipótesis como esa, la validez en

el marco del artículo 7, de la Constitución, de la inaplicación por parte del Parlamento del referido artículo 25 de la ley presupuestaria.

15.6.4.4.1.5. **Las modalidades de empresas del Estado**:

a) Sociedades anónimas de un solo socio. Hemos afirmado que la Administración puede discrecionalmente optar por cualquiera de las clases de sociedades mercantiles contempladas en el Código de Comercio, pero es lo cierto que casi siempre opta por la forma de sociedad anónima, y en ese sentido cabe advertir que el artículo 103 contempla una regla general derogatoria de un principio clásico societario, que se traduce en la potestad que se le confiere a la Administración para crear sociedades anónimas o de responsabilidad limitada con un único socio, o dicho de otra manera, con el ente público o privado estatal como único accionista. Una disposición similar para el caso de las empresas de la exclusiva propiedad del Estado encargadas de realizar las actividades primarias y no primarias, está contenida en el artículo 27 del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, que autoriza a la Administración a adoptar las formas jurídicas que considere más convenientes, **incluida la de sociedad anónima de un solo socio**.

Por otro lado, el artículo 104 de la LOAP, contiene otra norma derogatoria del derecho societario en el caso de las sociedades con un solo socio, al atribuirle a la República, los Estados, los Distritos Metropolitanos, o al ente descentralizado que sea titular de las acciones, el ejercicio unilateral de los derechos societarios, sin que ello implique incumplimiento de las disposiciones pertinentes del Código de Comercio previstas para regular esa situación, esto es, sin necesidad de convocar la correspondiente asamblea de accionistas, para adoptar las decisiones que correspondan en el seno de la misma.

b) Empresas mixtas. Por supuesto que además de las empresas de la exclusiva propiedad del Estado (totalidad del capital social),

puede ser creada una especie particular de empresas del Estado denominada por el Decreto ley de Hidrocarburos, "empresas mixtas". Sostenemos que es una especie particular porque en el marco regulatorio general, el hecho de que los particulares participen con un porcentaje inferior al cincuenta por ciento del paquete accionario en una empresa creada por el Estado, no la hace perder su denominación de "empresa del Estado", ni tampoco cambiársela por la de "empresa mixta"; en cambio, en el citado Decreto ley, a pesar de que el Estado obligatoriamente debe tener un porcentaje de participación superior al cincuenta, se denominan mixtas (art. 22).

Sin embargo, el carácter especial de estas empresas, pese a que se deriva de la indicada participación de los privados, radica más bien en las condiciones establecidas en los artículos que van del 33 y al 37 del aludido Decreto ley, entre las cuales vale la pena mencionar en forma resumida, que para su creación, como vimos anteriormente, se requiere la aprobación de la Asamblea Nacional, órgano que está facultado para modificar las condiciones propuestas y para establecer algunas nuevas (art. 33); la duración máxima será de veinticinco años, con un lapso de prórroga no mayor de quince años; la obligación de conservar en buen estado todos los bienes utilizados en la realización de las actividades, para ser transferidos en propiedad a la República, sin indemnización, al extinguirse por cualquier causa el contrato; las dudas y controversias que se susciten con ocasión de la realización de las actividades, deberán ser resueltas por los Tribunales Nacionales, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras (art. 34), establecimiento de ventajas especiales para la República, tales como el aumento de la regalía, el empleo y cesión de nuevas tecnologías, etc., (art. 36); y la selección de las operadoras mediante la concurrencia de ofertas, o por adjudicación directa (art. 37).

La sola lectura de las condiciones establecidas para la creación de las denominadas "empresas mixtas", sustituyendo de esa manera la denominación de "empresas del Estado", revela una clara equivoca-

ción, porque en lugar de mixtas debían ser denominadas, atendiendo a esas condiciones particulares, "empresas del Estado sujetas a un régimen especial", porque –insistimos– lo esencial allí no es la participación de los privados hasta en un porcentaje máximo hasta de un cuarenta y nueve por ciento, sino más bien las condiciones que deben aceptar los particulares para formar parte de dichas empresas, y en definitiva para su creación.

c) Las empresas matrices. Contemplan tanto la LOAFS como la LOAP la figura de las empresas matrices o holding, condicionando su creación a que operen varias empresas del Estado en un mismo sector (PDVSA), o requieran una vinculación aunque operen en diversos sectores. Cuando se configure el aludido supuesto de hecho el Presidente de la República, el Gobernador o el Alcalde podrán crear la empresa matriz que será la tenedora de las acciones de las empresas del Estado o mixtas correspondientes**, sin perjuicio de que los institutos autónomos puedan desempeñar igual función** (art 105 LOAP), que al parecer es lo que ocurre con la Corporación Venezolana de Guayana. También están contempladas las empresas matrices en el artículo 6, numeral 8 de la LOAFSP, pero sólo a nivel nacional, que las define como "… Las sociedades de propiedad totalmente estatal, cuya función, a través de la posesión de acciones de otras sociedades, sea coordinar la gestión empresarial pública en un sector de la economía".

Cabe advertir que la última parte del artículo 105 de la LOAP replantea con mucha fuerza la discusión, relativa a la posibilidad de que los institutos autónomos pueda revestir el carácter de empresas públicas, es decir, estén facultados para producir bienes y servicios destinados a la venta, pues no otra función cumple un instituto autónomo que sea tenedor de las acciones de las correspondientes empresas del Estado. Ya hemos afirmado que a la luz de los antes citados preceptos de la Constitución y de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, los entes públicos no pueden constituirse como especies del género empresas públicas. Las razones para sostener esta tesis, las expusimos anteriormente, y a ella remitimos a los lectores.

d) Las empresas del Estado constituidas como sociedades especiales. Existen dentro del modelo organizativo de la empresa del Estado, con forma de sociedad anónima, las sociedades especiales originadas en el ejercicio de la potestad de reserva de industrias, explotaciones, servicios y bienes (art. 302 de la Constitución), o en la nacionalización de bienes, porque generalmente la totalidad de las acciones están en posesión del Estado, y casi siempre existe la prohibición estatutaria o legal de la circulación de dichas acciones, pero aún más particular se presenta el caso de PDVSA, pues como ya explicamos, la prohibición de vender sus acciones está categóricamente establecida en el artículo 303 constitucional; de allí, pues que debe ser una de las pocas sociedades anónimas del mundo que requiera la modificación de la Carta Magna (enmienda), para poder vender sus acciones; de allí también que sea razonable predicar su especialidad dentro de las empresas del Estado constituidas como sociedades mercantiles especiales.

e) Sociedades anónimas de derecho público. Es muy importante intentar determinar la existencia en Venezuela de otro tipo de empresas del Estado, constituidas en forma de sociedad anónima con una particularidad especial, que son creadas como entes de derecho público, razón por la cual son denominadas sociedades anónimas de derecho público, que podrían encuadrar dentro de las figuras subjetivas, atípicas, por decir lo menos, contempladas en el artículo 6, numeral 7, de la LOAFSP con el nombre de **personas jurídicas estatales de derecho público**, categoría esta que ha generado muchas discusiones en la doctrina administrativa europea, y que tiene su origen en la creación de los Bancos Centrales.

Ordinariamente se creaban y se crean –en muy pocos casos– para que ejerzan importantes funciones administrativas que les atribuye la Ley, razón por la cual resultan derogadas por las leyes que las crean muchas reglas del derecho societario. Así su creación no obedece a la autonomía de la voluntad, sino a la voluntad de los legisladores, en virtud de que es realizada mediante ley, así mismo la

Ley establece el mecanismo de designación de sus directivos y fija su objeto social. En todo aquello no previsto por la Ley, rigen las disposiciones del Código de Comercio.

Es necesario recordar que en Venezuela fueron creados mediante Ley el Banco Industrial de Venezuela y el Banco de Desarrollo Agropecuario, ambos con forma de sociedad anónima, pero el último cesó en sus funciones hace bastante tiempo, por voluntad del Estado. Queda el Banco Industrial, que como dijimos, tiene forma de sociedad anónima, creado mediante ley, por cierto, recientemente modificada. Pues bien, cabe preguntarse si el Banco Industrial es una sociedad anónima de derecho público, o en términos de la LOAFSP, es una persona jurídica estatal de derecho público, y la respuesta, en nuestro criterio, como lo expusimos en el Volumen II, es negativa, dado que únicamente posee uno de los rasgos antes señalados, que fue creado por Ley, por cierto en una época en que la doctrina del Derecho Público venezolano estaba en ciernes, y el desarrollo del correspondiente sector de la normación resultaba congruente con esa situación de la doctrina.

En ese orden de ideas observamos que el referido Banco no tiene atribuidas potestades administrativas, ni tampoco la Ley trae otras derogaciones importantes de las reglas del Derecho mercantil que lo rigen; de allí que concluyamos que el Banco Industrial de Venezuela no encuadra en este tipo de empresas del Estado, constituidas como sociedades anónimas de derecho público contempladas en otros ordenamientos, y que al parecer se pretende incluir en Venezuela en el citado precepto de la LOASP. Tampoco es el caso del Banco Central de Venezuela, porque desde la antepenúltima reforma de su ley se le suprimió su condición de sociedad mercantil.

Consideramos necesario aclarar, debido al carácter didáctico de esta obra, que en Venezuela han sido creados otros Bancos, que en principio realizan actividades empresariales, tales como el Banco de

Ahorro y Préstamo y el Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela, por ley o por decretos leyes, pero como **institutos autónomos**. En efecto, el primer Banco es un Instituto autónomo porque así fue creado originalmente por la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, se mantuvo como tal cuando ésta fue derogada por el Decreto con Fuerza de Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras de 2001, que en su artículo 337 lo define como instituto autónomo. Lo mismo ocurre con el Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela, pues su existencia se deriva de la **transformación** mediante el Decreto ley de "Transformación del Fondo de Inversiones de Venezuela en el Banco Económico de Desarrollo Económico y Social de Venezuela, de fecha 10 de abril de 2001, cuyo artículo 1° lo define como un **instituto autónomo** adscrito al Ministerio de Planificación.

Es cierto que ambos Bancos son institutos autónomos totalmente atípicos, porque su organización obedece a la propia de una sociedad anónima, pero al fin y al cabo son entes de derecho público, perfectamente catalogados por la Ley como institutos autónomos, razón por la cual no resultan encuadrables dentro de la categoría de empresas del Estado, con forma de sociedad anónima de derecho público. Por supuesto, que la existencia de estos institutos autónomos atípicos, vuelve a replantear la cuestión relativa a la constitucionalidad de la creación de esta categoría de entes públicos para realizar actividades empresariales, es decir, para producir bienes y servicios para venta.

Queda también la interrogante acerca de la compatibilidad constitucional del artículo 7, numeral 7, de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, a la luz de la previsión contenida en el artículo 300, concordada con la contenida en el artículo 145, ambos de la Constitución, que alude a las **personas jurídicas estatales de derecho privado**, ya planteada en el Volumen II, en el capítulo relativo a los entes públicos, al cual remitimos a los lectores.

15.6.4.5. **Régimen jurídico de las empresas del Estado**. En principio este tipo de empresas están regidas tanto por normas de

Derecho Público como de Derecho privado, pero en su régimen jurídico debe prevalecer el último tipo de normas (de derecho mercantil, civil y laboral). Esa prevalencia que es postulada doctrinariamente como regla, y se puede determinar estableciendo el grado de proximidad entre el régimen como tal, y el modelo delineado en el Código de Comercio, porque debe admitirse que siempre habrá derogatorias de disposiciones de dicho modelo. En tal sentido cabe destacar que el artículo 106 de la LOAP pareciera recoger dicha regla, al preceptuar que "Las empresas del Estado se regirán por **la legislación ordinaria**, salvo lo establecido en la presente Ley. Las empresas del Estado creadas por ley nacional se regirán igualmente por la **legislación ordinaria**, salvo lo establecido en la ley".

De modo, pues, que a luz del dispositivo transcrito la gran mayoría de las empresas del Estado deben regirse exclusivamente por la legislación ordinaria, es decir, mercantil, civil y laboral, y por la LOAP. En cambio, las empresas del Estado creadas por leyes nacionales, como las que tienen su origen en la declaración de reserva o en procesos de nacionalización, están regidas por la legislación ordinaria, salvo lo establecido en la ley. Cabe precisar que esa Ley es, en primer lugar, aquella que ordena su creación, la cual puede contener previsiones especiales, como el Decreto ley de Hidrocarburos, pero supletoriamente dada la redacción del dispositivo, en segundo lugar, podrá aplicarse la LOAP, de tal manera que las derogatorias de la legislación ordinaria pueden provenir tanto de la ley especial como de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Sin embargo, cabe observar que el entramado normativo que regula a las empresas petroleras estatales es predominantemente de Derecho Público, en virtud de que así se infiere del artículo 30 del citado Decreto ley de Hidrocarburos, que preceptúa "Las empresas petroleras estatales se regirán por el presente decreto ley y su Reglamento, por sus propios Estatutos, por las disposiciones que dicte el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Energía y Minas y las

del derecho común que les sean aplicables". La sola lectura del dispositivo transcrito evidencia la fundamentación de la afirmación anterior, acerca de la preeminencia de las normas de Derecho Público, y el carácter prácticamente subsidiario que se le atribuye a las normas de derecho común, lo que conduce a un verdadero blindaje "publicístico" de este tipo de empresas del Estado (petroleras).

En ese orden de ideas cabe señalar a título ejemplificativo, entre otras, las siguientes derogatorias del derecho común, contenidas únicamente en el mencionado Decreto ley: la autorización de la Asamblea Nacional y el cumplimiento del conjunto de requisitos antes señalados; la constitución, aumentos de capital social de las empresas del Estado o de sus filiales, provenientes de la revaluación de activos o de dividendos, que impliquen la emisión de acciones que sean suscritas por el Estado o las mismas empresas, así como la fusión de empresas del Estado o sus filiales y transferencia de activos entre las mismas, **no estarán sujetas al pago de los tributos relativos al registro de esas operaciones**. Debe quedar claro que la anterior exención rige únicamente para las empresas del Estado contempladas en el Decreto ley de Hidrocarburos, ya que la LOAP que contiene el marco regulatorio del resto de las empresas del Estado, no trae una previsión en ese sentido, y dado el carácter excepcional de la misma, no resulta susceptible de ser aplicada analógicamente.

Pues bien, de lo expuesto en páginas anteriores hasta aquí se desprende que las principales derogatorias contenidas en la LOAP, están referidas a la constitución de una sociedad anónima con un único accionista, y en esa hipótesis el ejercicio de los derechos societarios corresponde de manera unilateral a ese único accionista: El Estado o cualquier ente público, sin que ello implique el incumplimiento de las disposiciones pertinentes que regulan esas situaciones en materia societaria, es decir, del ejercicio de los derechos por parte de los accionistas, que siempre requiere la convocatoria de la Asamblea de socios con las formalidades contempladas en la ley mercantil. Otra derogatoria parcial

del derecho societario, derivada de la LOAP consiste en la exigencia de la autorización correspondiente emanada de la autoridad competente, para la creación de las empresas del Estado.

En lo tocante al régimen de los bienes de las empresas del Estado prevalece el principio contenido en la legislación ordinaria, es decir, que sus bienes tienen un carácter patrimonial, y en principio son susceptibles de enajenación conforme a las reglas del derecho societario, no obstante el artículo 122 de la LOAP establece que la República, los Estados, los Municipios y los Distritos Metropolitanos pueden **incorporar** determinados bienes a un ente descentralizado; por tanto, también a una empresa del Estado, sin que dicho ente adquiera la propiedad, y en tales casos la empresa queda obligada a utilizarlos exclusivamente para los fines que determine el titular de la propiedad. De modo, pues, que además de los bienes patrimoniales propios, en la realización de sus actividades, la empresa del Estado puede utilizar bienes que le son aportados por la República, en una especie de comodato, sin que desde luego ello comporte la transferencia de la propiedad. Además esa figura de la incorporación de bienes en empresas del Estado, no motiva la pérdida de la calificación originaria de dichos bienes.

En conclusión, el régimen jurídico de las empresas del Estado está conformado en gran medida, por lo menos desde el punto de vista formal, por normas de derecho privado, tal como lo preceptúa el citado artículo 106 de la LOAP, ya que aparte de las derogatorias relativas al control que examinaremos enseguida, son muy pocas las contenidas en el citado texto legislativo, según se desprende de la enumeración realizada anteriormente.

15.6.4.6. **El control ejercido sobre las empresas del Estado**.

15.6.4.6.1. **El fundamento conceptual y normativo del control de la Administración sobre las empresas del Estado**. Sin dudas que uno de los elementos cardinales de la definición de empresa

pública, o en este caso, de empresa del Estado es el control que ejerce el Estado sobre las mismas, siempre regulado por el Derecho Público. Se ha discutido mucho sobre el control que deben ejercer el Estado y los demás entes públicos sobre esta clase de empresas, pero siempre ha privado el criterio de una relación entre la participación accionarial y el control, de tal manera que las potestades de control estarán en función del monto de esa participación, la cual ha llegado a ser clasificada por una parte de la doctrina en participación de gestión, de control, complementaria, accidental y decisiva.

Pero es lo cierto que el legislador venezolano optó por ponerle fin a cualquier discusión sobre la potestad contralora del Estado, al montar la definición de empresa del Estado en la necesaria participación mayor al cincuenta por ciento del capital social. Así se desprende de la Exposición de Motivos del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos cuando en la misma se fundamenta la exigencia de la posesión de más del cincuenta del paquete accionario por parte del Estado en las empresas mixtas, al puntualizar "Esta forma de actuar obliga al Estado a intervenir directamente en el negocio superando el rol de simple recaudador de renta que tuvo hasta el momento de la nacionalización; además, le permite mantener un control real y le otorga poder decisorio en todos los negocios y operaciones de las empresas que actúan en actividades reservadas, **más allá de otras fórmulas, como el de la acción privilegiada que sólo confiere derecho a veto para ciertas decisiones determinantes**".

De modo, pues, que la fundamentación de esta regla explícita en el Decreto ley de Hidrocarburos, e implícita en la Ley Orgánica de la Administración Pública, pone fin en Venezuela a cualquier discusión sobre el basamento del poder de control de la Administración Pública sobre las empresas del Estado, porque sencillamente en ambos textos se opta por el criterio que constituye la mejor expresión de la democracia societaria: quien posee la mayoría del capital accionario tiene el poder de dirección de la empresa, en el cual desde luego está incluido el control sobre la misma.

No vale en el contexto del ordenamiento actual invocar la “golden share” o acción dorada a los fines de ejercer el control sobre empresas en las cuales el Estado no posea el porcentaje de capital previsto en la Ley, razón por la cual sólo si el Estado o cualquier ente público, o varios entes públicos conjuntamente, tienen una participación superior al cincuenta por ciento, podrán no sólo ejercer, sino diseñar en el marco del control accionarial, los mecanismos contraloros que consideren convenientes, los cuales pueden ir desde los relativos a la creación misma de la empresa hasta su extinción. Más aún, si el Estado posee menos del cincuenta por ciento del capital social, no estaremos frente a una empresa del Estado, y por tanto, tampoco podrá pretender ejercer ninguna modalidad de control sobre la misma.

15.6.4.6.2. **Las modalidades de control.**

15.6.4.6.2.1. **Control ejercido por el Presidente de la República**. Corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros, de conformidad con el artículo 115 de la LOAP, decretar la adscripción de las empresas del Estado, para lo cual podrá determinar el Ministerio de adscripción, si ello no estuviese previsto en la Ley de creación de la empresa, en el caso de aquellas que tienen su origen en una ley de reserva o en un proceso de nacionalización derivado. Igualmente podrá modificar esa adscripción, basado en las reformas que tengan lugar en la organización ministerial, atendiendo fundamentalmente a la creación o supresión de ministerios, o a los cambios en sus esferas de competencia.

La adscripción del resto de las empresas entra en el ámbito de la potestad discrecional del Presidente de la República, pero quizás lo más importante de esta norma es que obliga a que toda empresa del Estado deba estar adscrita como regla general a un Ministerio, y excepcionalmente a cualquier otro órgano. Sin embargo, es necesario advertir que el artículo 116 de la LOAP prohíbe la adscripción de empresas del Estado al despacho del Presidente de la República, del Vicepresidente Ejecutivo, del Gobernador y del Alcalde.

Los órganos de adscripción están obligados, por mandato del artículo 118 de la LOAP a publicar en el mes de enero de cada año en la Gaceta Oficial correspondiente, las lista de las empresas del Estado que tienen adscritas, indicando el monto de su participación en la misma. Igualmente deberán indicar aquellas que se encuentren en proceso de privatización o de liquidación. Esta norma, si se cumpliere, parece útil porque tiene como finalidad propiciar la vigencia del principio de transparencia administrativa, y a partir de la misma una especie de control sobre la gestión económica de la Administración, mediante empresas del Estado. Quizás mejor que la participación accionaria, sería en este orden de razonamiento que publicaran el informe de gestión anual o semestral.

La Ley incluye bajo esa potestad de control la facultad presidencial para transferir las acciones de una empresa del Estado, a otra empresa del Estado, verbigracia a una empresa matriz, o a un Instituto Autónomo (art. 115, num 3). Igualmente está facultado para fusionar empresas del Estado, así como para transformar en empresas del Estado las Fundaciones del Estado que considere conveniente (art. 115, num 4).

Es evidente que se le concede al Presidente de la República, bajo la denominación de control, una potestad ampliamente discrecional sobre el funcionamiento de las empresas públicas, sobre todo en el dispositivo contenido en el último numeral, dado que sin estar sujeto a ningún condicionamiento, **cuando lo considere conveniente**, para fusionar empresas del Estado, transformar en empresas del Estado a las Fundaciones del Estado, lo que revela claramente el desborde de las normas de derecho público sobre el esquema causal propio de las sociedades anónimas contenido en el Código de Comercio.

15.6.4.6.2.2. **Control ejercido por el órgano de adscripción**. El artículo 117 de la LOAP enumera en seis numerales las exorbitantes facultades en que se desagrega la potestad de control conferida al Ministerio o al órgano de adscripción de las empresas públicas, a quien

le corresponde: a) definir la política a desarrollar por tales entes, y a tal efecto formular las directivas que sean necesarias; b) ejercer permanentemente funciones de coordinación, supervisión y control; c) evaluar en forma continua el desempeño y los resultados de su gestión e informar oportunamente al Presidente de la República, Gobernador, y Alcalde, según corresponda; d) informar trimestralmente al órgano de planificación que corresponda acerca de la ejecución de los planes por parte de los entes; e) proponer al Presidente de la República, Gobernador o Alcalde, las reformas necesarias a fin crear modificar o eliminar las empresas del Estado que le estén adscritas; y f) las demás que determinen las leyes nacionales, estadales y municipales.

Hemos trascrito casi literalmente el artículo 117 de la LOAP, con la finalidad de que la sola lectura del mismo cualquiera persona pueda derivar la exorbitancia que reviste la potestad de control que se le otorga al Ministro de adscripción, al punto que nos atrevemos a afirmar que si hacemos abstracción de la forma jurídica de sociedad anónima, podemos concluir que estamos frente a un órgano subordinado ministerial, regido por una relación de jerarquía acentuada, y no ante una persona jurídica, distinta del Estado, que detenta la autonomía, que de suyo, le confiere esa personificación.

En efecto, el Ministro de adscripción formula la política de la empresa, la cual torna operativa mediante directrices vinculantes para los administradores de la misma, ejerce permanentemente funciones de fiscalización y supervisión, evalúa continuamente el desempeño, y la gestión, propone al Presidente de la República la modificación y hasta la eliminación de la empresa.

Nos preguntamos cómo puede ser posible que los órganos gerenciales de una empresa del Estado actúen con un mínimo de autonomía, pendiendo verdaderamente sobre sus cabezas esas “horcas caudinas”, denominadas eufemísticamente “potestades de control”. En esa perspectiva es obvio que casi nunca podrá pretenderse lograr una

gerencia de esas empresas caracterizada por la flexibilidad, la eficiencia mínima que conduzca, es cierto en el contexto del interés general que informa a este tipo de entes, a lograr al menos el autofinanciamiento, máxime si se tiene en cuenta que ellas se constituyen para producir bienes y servicios para la venta, en un mercado teóricamente presidido por el principio de la libre competencia.

Por otra parte, corresponde al Ministro de Planificación y Desarrollo determinar los indicadores de gestión aplicables para la evaluación del desempeño de las empresas del Estado. Inclusive el artículo 119 erige a los "compromisos de gestión" en instrumentos del control que debe ejercer el Ministro de adscripción. Mediante los referidos compromisos, contemplados en el artículo 129 y siguientes de la LOAP, que se celebran entre el órgano de adscripción y la empresa del Estado, se le imponen a ésta el logro de determinados resultados en sus ámbitos de competencia, así como las condiciones para su cumplimiento, como contrapartida al monto de los recursos presupuestarios.

Ante esta forma de control impuesta por el Ministro de adscripción a la empresa del Estado, no queda más que dudar de la famosa flexibilización que se pretende lograr con la utilización de las técnicas del derecho privado, como la sociedad anónima, pues sin desdecir de ninguna manera de la planificación, observamos que este mecanismo de control, mediante convenios de gestión, que puede ser útil entre entes públicos, no encuadra en la dinámica de una sociedad anónima, que tiene que reaccionar continuamente ante las variaciones del mercado, originadas en la libre competencia, donde todas las metas son probables y condicionadas por el comportamiento de las variables económicas y de los consumidores.

Estos convenios de gestión, además de las otras exorbitantes facultades de control del Ministro de adscripción, van a funcionar como un "corset" de la sociedad anónima, del cual no se puede evadir, so pena de ser sancionada con el monto de los recursos presupuestarios

asignados. Ya la sanción resulta reveladora de la concepción que priva en el legislador, al consagrar dichos controles, pues tratándose de entes con fines empresariales, es obvio que en principio deberá autofinanciarse, y no requerir de las aportaciones presupuestarias.

Las empresas del Estado están obligadas a informar al órgano de adscripción acerca de toda participación accionaria que suscriban y de los resultados económicos de la misma, e igualmente los administradores de dichas empresas deben remitir anualmente al Ministerio de adscripción el correspondiente informe y cuenta. Esta disposición contenida en el artículo 121 de la LOAP a la par que revela una potestad del Estado, evidencia una facultad de la empresa, que consiste en suscribir acciones en otras sociedades anónimas, las cuales, en nuestro criterio, pueden tener carácter privado.

En cambio, no las autoriza para crear nuevas compañías, y ante el silencio de la norma y el blindaje "publicístico" que rodea este tipo de empresas, pensamos que aun cuando no se trate de una empresa matriz, si se pretende constituir una nueva empresa pública por parte de otra empresa del Estado, lógicamente, se requiere la autorización del Presidente de la República en Consejo de Ministros, tal como lo dispone el artículo 101 de la LOAP. No es el caso de las empresas petroleras estatales previstas en el artículo 27 del Decreto ley de Hidrocarburos, pues basta la aprobación de la respectiva Asamblea de accionistas para la creación de otras empresas del Estado que se encarguen del desarrollo de sus actividades, quedando sujeta la fusión, asociación, disolución o liquidación de las empresas creadas, también a la mencionada aprobación de la empresa que las crea.

Desde luego, que en esta hipótesis no se requiere que la decisión sobre fusión de este tipo de empresas provenga del Presidente de la República, como lo dispone el artículo 115, numeral 4, de la LOAP, pues de conformidad con el citado artículo 106 ejusdem, priman en materia de empresas del Estado las disposiciones del Decreto ley de Hidrocarburos.

Finalmente, cabe señalar que de conformidad con el artículo 120 de la LOAP, corresponde al Ministro de adscripción ejercer la representación de la República en la asamblea de accionistas u órganos correspondientes de las empresas del Estado.

15.6.4.6.2.3. **Control parlamentario.** De conformidad con el artículo 142 de la Constitución los intereses públicos en corporaciones de cualquier naturaleza, están sujetos al control del Estado, en la forma que la ley establezca, de manera que el constituyente erige en principio el deber de controlar los intereses públicos en cualquier corporación, y desde luego, que una empresa en la cual el Estado posea la totalidad o más del cincuenta por ciento del capital social, encuadra dentro las corporaciones susceptibles de ser sujetas al control estatal referido en el citado precepto constitucional, el cual debe ser diseñado por la Ley.

Pues bien, hemos visto que el Decreto ley de Hidrocarburos contiene un mecanismo de control parlamentario que ejerce sobre la creación de las empresas mixtas que pretendan realizar actividades primarias, que consiste en la emanación de una autorización, que es precisamente un mecanismo contralor contemplado en el artículo 222 de la Constitución. En realidad esa autorización recae tanto sobre la constitución de las empresas como sobre las condiciones que regirán la realización de las actividades primarias, y en tal sentido cabe destacar que el acto autorizatorio es un tanto heterodoxo, pues en este caso la Asamblea puede desempeñar una especie de coadministración, porque está facultada por el artículo 33 del Decreto ley de Hidrocarburos para **modificar las condiciones propuestas, e inclusive establecer las que considere convenientes**, siempre atendiendo a lo dispuesto en el artículo 34 ejusdem antes examinado.

Lo cierto es que este mecanismo de control parlamentario sobre un tipo de empresa pública especial (empresas mixtas en materia petrolera) es una concreción del artículo 142 constitucional, pero tiene un carácter acentuado, que torna en heterodoxa a la figura de la

autorización, ya que si no son aceptadas las modificaciones propuestas o las nuevas condiciones que considere conveniente establecer la Asamblea Nacional, no podrá constituirse la empresa. Por supuesto, que esta disposición le confiere un poder de control muy importante a la Asamblea Nacional, y tal vez ello se deba a la importancia que juega el petróleo en la vida nacional.

Sin embargo, a la postre la disposición bajo examen pudiera resultar contraproducente para atraer la inversión extranjera tan necesitada en la época actual en ese sector, pues ya es una norma restrictiva la que impone que el Estado debe participar en ese tipo de empresas con un porcentaje mayor al cincuenta por ciento, y si a ella se le suma que una vez que el inversor extranjero o nacional acuerda unas condiciones con la Administración, resulta que el órgano legislativo queda facultado para modificar sustantivamente el acuerdo, pudiendo inclusive establecer nuevas condiciones, no queda más que reiterar que en realidad se configura un exceso de control, por decir lo menos, máxime si se toma en cuenta que a la Asamblea Nacional se le otorgan facultades que van más allá de las que clásicamente entran en el concepto de autorización administrativa, y que en este caso la autorización es parlamentaria, lo que podría evidenciar una ruptura del principio de separación orgánica de poderes contemplado en el artículo 136 constitucional, y tornar incompatibles el artículo 33 del Decreto ley de Hidrocarburos con el aludido precepto constitucional.

El mecanismo de control anterior es específico y podría ser conceptuado como un desarrollo del artículo 142 de la Constitución, pero más importante que por su amplitud, es el control genérico que ejerce la Asamblea Nacional sobre la Administración Pública consagrado en el artículo 187, numeral 3, ejusdem, el cual indudablemente abarca a las empresas del Estado, porque como hemos dicho ellas forman parte de la Administración Pública Descentralizada funcionalmente. Dicho control lo ejerce el órgano parlamentario recurriendo según las circunstancias a los mecanis-

mos enumerados en el artículo 222 constitucional, es decir, las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias, así como a cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su reglamento.

Conviene subrayar que los elementos comprobatorios que obtenga el Parlamento en el ejercicio de esta función contralora sobre las empresas del Estado, tendrán valor probatorio, en las condiciones que la ley establezca, pero hasta donde pudimos determinar todavía ningún texto legal ha regulado o precisado esas condiciones. Una vez practicado el control la Asamblea Nacional puede declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos, y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva esa responsabilidad. Es preciso aclarar que de conformidad con el artículo 2, num 2, de la Ley contra la Corrupción, los directores y administradores de las empresas del Estado son funcionarios públicos.

Ciertamente que es sumamente importante que la Asamblea Nacional ejerza este tipo de control, porque la puesta en práctica del mecanismo : interpelación, investigación, la autorización, las preguntas o la aprobación, y su segura trascendencia a la opinión pública constituye en sí mismo un control, aunque no se llegue al establecimiento de una responsabilidad política, que en un régimen como el nuestro, a diferencia de lo que puede ocurrir con los Ministros y el Vicepresidente Ejecutivo con el voto de censura, pareciera un concepto verdaderamente inasible, difuminado, lo que hace casi imposible tornar efectiva esa responsabilidad, en el caso del resto de los funcionarios públicos, y desde luego, también en el caso de los administradores de las empresas del Estado, salvo que se ubique en el ámbito de las sanciones morales, cuyo valor axiológico actualmente resulta casi inexistente.

15.6.4.6.2.4. **El control ejercido por la Contraloría General de la República**. Como se sabe el artículo 287 de la Constitución erige a la Contraloría General de la República en el órgano encargado de

controlar, vigilar y fiscalizar los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como las operaciones relativas a los mismos. En ejercicio de esa amplísima potestad de control, le corresponde inspeccionar y fiscalizar los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sometidas a su control (art. 289, num 3) y ejercer el control de gestión y evaluar el cumplimiento y resultado de las decisiones y políticas públicas de los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sometidas a su control, relacionadas con sus ingresos, gastos y bienes (art. 289, num 5).

Por supuesto, que la acción contralora del mencionado órgano constitucional recae sobre las empresas del Estado, en virtud de que de conformidad con el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, son entidades o personas jurídicas que forman parte del sector público de la economía. Además dichos preceptos constitucionales encuentran desarrollo en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF), que entró en vigencia en el mes de enero 2002, la cual al diseñar su ámbito de aplicación subjetivo, o mejor dicho, los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sujetas al control del referido órgano, identifica en su artículo 9, numeral 10, a las empresas del Estado.

En efecto, el mencionado precepto estatuye: Están sujetos a las disposiciones de la presente ley y al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República: 1. Omissis 10. las sociedades de cualquier naturaleza en las cuales las personas a las que se refieren los numerales anteriores tengan participación en su capital social, así como las que se constituyan con la participación de aquéllas".

El dispositivo transcrito que pretende desarrollar los preceptos constitucionales antes enunciados, desde luego, que abarca a las empresas del Estado, en virtud de que se refiere a la todo tipo sociedad, incluyendo a las civiles, en las cuales los órganos y entidades del Poder

Nacional, los órganos y entidades del Poder Estadal, los órganos y entidades del Poder Municipal y de los Distritos Metropolitanos, los Institutos autónomos nacionales, estadales y municipales, el Banco Central de Venezuela, las Universidades Públicas y las demás personas de Derecho Público nacionales, estadales, distritales y municipales, **tengan participación en su capital social**.

Sin embargo, observamos que la relación de causalidad que planteamos anteriormente entre participación patrimonial mayoritaria, superior al cincuenta por ciento del capital social, y control por el Estado sobre este tipo de empresas, sufre en el citado esquema normativo de manera inexplicable una ruptura abrupta, pues resulta erróneo pretender reducir el concepto control que se ejerce sobre las empresas Estado, únicamente a la potestad de dirección que ejerce el titular de un paquete accionario equivalente al porcentaje antes indicado, pues también es control el que ejerce el Parlamento y también es control el que ejercen los órganos de control externo, como la Contraloría General de la República, y además es necesario enfatizar que todas las modalidades de control encuentran su único fundamento, a la luz de la concepción prevista en el ordenamiento jurídico venezolano, en la posesión por parte de la Administración de más del cincuenta por ciento de las acciones, de tal manera que si el Estado no posee el referido porcentaje de acciones, está impedido de ejercer cualquier tipo de control.

Y así también lo entendió el constituyente cuando al enumerar los órganos, entidades y personas jurídicas del sector público sujetos a vigilancia e inspección, así como a control gestión, se cuidó de precisar que eran aquellos **sujetos al control de la Contraloría General de la República** (art. 289, num 3 y 5), e insistimos que la sujeción a ese control externo depende única y exclusivamente de la posesión por parte del Estado de más del cincuenta por ciento de las acciones del capital social de la empresa correspondiente. Más aún, la aplicación del artículo 9, numeral 10 de la LOCGRSNCF, revela una contradicción

insalvable en materia de control, en cualquier caso en que el ejercicio de esa potestad recaiga sobre una empresa en la cual el Estado tenga menos del cincuenta por ciento de las acciones, porcentaje que puede ir, colocándonos en los extremos, desde un uno a un cuarenta y nueve por ciento, pues en esa hipótesis resulta indudable que la Administración carece del poder de control más importante en una sociedad anónima, que es el de dirección y administración de la misma.

Pero en cambio el órgano contralor, sobre la base de los dispositivos antes enunciados, sí puede inspeccionar, fiscalizar, evaluar la gestión, y lo que es peor establecer responsabilidad civil a través de la formulación de reparos, y administrativa, mediante la imposición de sanciones múltiples que pueden implicar multas e inhabilitaciones para ejercer cargos públicos hasta por un lapso de quince años. He allí la ostensible contradicción: El Estado no puede ejercer el control expresado en la dirección y administración de la empresa, porque no cumple el requisito legal, pero en cambio, sí puede a través de sus órganos ejercer EL CONTROL FISCAL.

Cabe precisar por último que el control ejercido por la Contraloría General de la República implica la sujeción de los administradores de empresas, que a la luz de la Ley Orgánica de la Administración Pública no pueden ser calificadas por empresas del Estado, a las potestades de investigación y de sanción de la Contraloría General de la República, que como dijimos anteriormente, pueden conducir al establecimiento de la responsabilidad civil y administrativa, y a la imposición de las correspondientes sanciones (Artículos 77 y siguientes de la LOCGRSNCF).

El artículo 9, numeral 10, de la LOCGRSNCF, en nuestro criterio, excede la intención del texto constitucional, inclusive de la norma prevista en el artículo 142 que establece a los fines de tutelar los intereses públicos en cualquiera corporación, independiente de su naturaleza, su sometimiento al control del Estado, ya que si la Adminis-

tración decide adquirir un paquete de acciones equivalente al cinco por ciento del capital social de una empresa privada, no puede pretender que el control para preservar los intereses de la Administración, sea el control fiscal que el ordenamiento contempla para ejercerlo sobre los entes públicos y las empresas del Estado, a los fines de intentar garantizar el manejo y la administración transparente de los recursos públicos.

Tendría la Ley en esa hipótesis que diseñar un mecanismo de control de otra naturaleza, que inclusive podría estar constituido o por la participación con voz y voto en la junta administradora, o solamente con voz, o cualquier mecanismo insertado en el derecho societario, pues en definitiva repugna a la idea de justicia que las empresas privadas puedan ser sometidas a un control fiscal, ahora delineado con tintes draconianos, porque se parte de la falsa premisa de que la corrupción se puede combatir eficazmente con un sistema sancionatorio absolutamente desproporcionado, y muestra del mismo es la inhabilitación de un funcionario para ejercer funciones públicas hasta por quince años, por cometer una irregularidad administrativa (art. 105 de la LOCGRSNCF).

Cabe resaltar que esa continuará siendo al parecer la línea que orientará la política legislativa del actual Parlamento, pues en la novísima Ley contra la Corrupción promulgada en el mes de abril de 2003, no sólo se acoge sino que se refuerza la tesis recogida en el citado dispositivo de la LOCGSNC, porque en primer lugar, en su artículo 3, numeral 2, se consideran como funcionarios públicos a los "**directores y administradores de las sociedades mercantiles constituidas con recursos públicos"**, independiente del porcentaje que ellos representen en el capital social de dichas sociedades; y en segundo lugar, en el artículo 4, numeral 10, se define como **patrimonio público** aquel que corresponde por cualquier título a las **sociedades de cualquier naturaleza** en las cuales las personas mencionadas en los numerales anteriores –las mismas mencionadas en el artículo, num 9 de la LOCGRSNCF– **tengan participación en su capital social,** así como las que se constituyen con la participación de aquélla.

Esas disposiciones de la Ley contra la Corrupción conducen, aunque parezca increíble, a que empresas privadas en las cuales el Estado participe con un porcentaje accionario menor al cincuenta por ciento, deban admitir que la administración de su patrimonio, que por disposición del artículo 4 se considera **público**, tenga carácter público (art. 8), y lo que es más grave los administradores de esas empresas están obligados a publicar trimestralmente y a poner a disposición de cualquier persona un informe sobre el patrimonio que administran, con la justificación de su utilización y gasto (art. 9), y además los ciudadanos tendrán derecho a acceder y obtener copia de los documentos y archivos a los fines de verificar la información que se les suministre (art. 10). No nos queda más que mostrar nuestra perplejidad ante esta tendencia legislativa, totalmente alejada del derecho constitucional de los ciudadanos a participar en la formación de las leyes, y desde luego, absolutamente desacertada desde el punto jurídico.

15.6.4.7. **La legislación ordinaria aplicable a las empresas del Estado**. Como afirmamos precedentemente el artículo 106 de la LOAP establece que las empresas del Estado se regirán por la legislación ordinaria, en todo aquello en que no estén disciplinadas por ese texto legislativo, y habría que añadir por otras leyes que contengan derogatorias expresas, como la contemplada en materia de competencia jurisdiccional, en la aún parcialmente vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Atendiendo a esa regla la legislación ordinaria que regirá a las empresas del Estado, que como sabemos sólo pueden estar creadas como sociedades mercantiles, generalmente como anónimas, estará constituida en primer lugar, por el Derecho mercantil, de manera especial por el Código de Comercio, pero igualmente también por cualquier otro instrumento normativo que se dicte en el ámbito sustantivo de esa rama jurídica para disciplinar a este tipo de sociedades.

En sus relaciones laborales con sus trabajadores regirá básicamente la Ley Orgánica del Trabajo, excepcionalmente otros instrumentos pueden llegar a contener disposiciones de esta naturaleza más

favorables a los trabajadores, como ocurre con el artículo 32 del Decreto ley de Hidrocarburos, que repite textualmente una disposición de la Ley de "nacionalización" petrolera de 1975, que consagra una estabilidad reforzada a todos los trabajadores de las empresas petroleras estatales, con excepción de los miembros de las Juntas Directivas de esas empresas, razón por la cual teóricamente, porque la experiencia reciente demuestra lo contrario, sólo podrán ser despedidos por las causales consagradas en la legislación laboral y en consecuencia, de ser declarado injustificado el despido, la empresa está impedida de persistir en el despido del trabajador, pagándole la indemnización prevista en el art. 125 de la Ley Orgánica del Trabajo.

La constitucionalidad de esa disposición con una vigencia pacífica de más de veintisiete años ha sido cuestionada a raíz del paro petrolero del mes de diciembre de 2002, y contra ella el Presidente de PDVSA ha interpuesto una demanda de nulidad por inconstitucionalidad que actualmente cursa por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Por último, es necesario advertir que de conformidad con el citado artículo 106 de la LOAP, las empresas del Estado, como sociedades mercantiles, generalmente anónimas que son, deberían ser demandadas por ante los tribunales ordinarios, como ocurría hasta el año 1977, cuando entra en vigencia la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la cual en sus artículos 42, ordinal 15, 182, ordinal 2° y 186, ordinal 6°, estableció la competencia exclusiva y excluyente de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer las demandas que se interpongan contra esas empresas.

En efecto, el primero de dichos dispositivos preceptúa: "Es de la competencia de la Corte Suprema de Justicia como más alto Tribunal de la República: 1° Omissis 15 "Conocer de las acciones que se propongan contra la República, o algún Instituto Autónomo o empresa en la cual el Estado tenga **participación decisiva** si su cuantía excede

de cinco millones de bolívares y su conocimiento no está atribuido a otra autoridad". De conformidad con el artículo 43, correspondía conocer ese asunto a la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

Los mencionados artículos 182, ord. 2°, y 185, ord 6°, repiten textualmente la disposición transcrita, cambiando únicamente los órganos que en el primer caso son los Juzgados Superiores Contencioso Administrativos, y en el segundo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y la cuantía limitada hasta un millón de bolívares y desde un millón un bolívar hasta cinco millones de bolívares, respectivamente. Demás está decir que en torno a esos dispositivos existe una jurisprudencia consolidada de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, que ha sido mantenida por la del Tribunal Supremo de Justicia, que está signada por la interpretación amplia que se hizo del artículo 42, numeral 15 de la LOCSJ, sobre todo en lo concerniente al concepto de participación decisiva, y de empresa creada por el Estado.

Pero quizás más que referirnos al sentido de esa norma, que dicho sea de paso se repite, desde luego modificando la cuantía, en el Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que actualmente cursa en la Asamblea Nacional, sea importante por su carácter derogatorio de la "legislación ordinaria", traer a colación el argumento que se manejó para justificar su inclusión en la LOCSJ, y en definitiva sustraer a la empresas públicas de la jurisdicción ordinaria, y trasladarle la competencia a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa.

En esa oportunidad se sostuvo que la razón de ese cambio, que algunos cuestionaron porque llegaron a sostener que les creaba un fuero privilegiado a las empresas del Estado, estaba en la necesidad de preservar los cuantiosos recursos invertidos por el Estado en las empresas públicas, argumento que cobró mayor importancia, porque recientemente terminaban de ser nacionalizadas las industrias del hierro

y del petróleo, para cuya administración se crearon sendas empresas públicas que manejaban, sobre todo la petrolera, cuantiosos recursos públicos, que resultaban fundamentales para la economía nacional.

Desde luego que romper el principio de igualdad constitucional, tratándose las empresas del Estado, de personas jurídicas de derecho privado, y no entes públicos, era y sigue siendo un criterio sumamente discutible, para justificar la mera sustracción de esas empresas de su juez natural (jurisdicción ordinaria), con la consiguiente eliminación de dos instancias judiciales en la mayoría de las veces (primera y segunda instancia de la jurisdicción ordinaria), máxime si se tiene en cuenta que las disposiciones de la LOCSJ remiten a los fines de regular estos juicios al procedimiento ordinario contemplado en el Código de Procedimiento Civil (art. 103).

En fin, pensamos que esas decisiones de política legislativa del año 1976, no hacían más que anunciar el "blindaje publicístico" que constituye el marco regulatorio de las empresas públicas actualmente, y que desde luego carecían y continúan careciendo de una verdadera fundamentación conceptual y doctrinaria.

15.6.4.8. **A manera de reflexión final sobre las empresas públicas**. Después de haber examinado sucintamente todo el entramado normativo regulador de las empresas públicas y más concretamente de las empresas del Estado, debemos manifestar nuestra preocupación por el contenido del mismo, y en ese orden de ideas observamos que: a) desde el punto de vista constitucional, pese a la vigencia de los artículos 141, 145 y 300, que parecen conducir a una concepción de empresa pública expresada formal y exclusivamente bajo la modalidad de las personas jurídicas estatales de derecho privado, el Ejecutivo Nacional continúa atribuyéndole a ciertos institutos autónomos, entes públicos emblemáticos en el ordenamiento venezolano, carácter de empresa pública, al asignarle actividades empresariales, como ocurrió recientemente con la transformación del Fondo de Inversiones de Venezuela en el Banco de Desarrollo Económico y Social.

Por otro lado, las confusiones voluntarias o involuntarias en ese sentido tienden a mantenerse, porque en lugar de ser sancionada la Ley contemplada en el citado artículo 300 constitucional, destinada a establecer el marco regulatorio de las empresas públicas o empresas del Estado, sin ningún tipo de discusión, ni participación ciudadana, se decidió incluir un mini marco regulatorio de dichas empresas en la Ley Orgánica de la Administración Pública, cuyo contenido por mandato de los artículos 156, numeral 32 y 236, numeral 20, ambos de la Constitución, debe estar circunscrito a fijar los límites y principios de la organización administrativa (creación, determinación del número y competencias de los órganos administrativos, no de entes).

b) De conformidad con los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, los institutos autónomos son entes públicos sin fines empresariales, dispositivos estos que sin dudas desarrollan correctamente los artículos 145 y 300 constitucionales; no obstante, la LOAP en su artículo 29 contradice esa tesis normativa, y establece que los institutos autónomos tienen fines empresariales. El Ejecutivo Nacional voluntaria o involuntariamente ha optado por aplicar preferentemente a la LOAP, y no sólo creando institutos autónomos para realizar actividades empresariales, sino que los erige inclusive en empresas matrices. De modo, pues, que en lugar de respetar la voluntad de la Constitución y de la Ley de consagrar una sola modalidad de empresa pública: las sociedades anónimas en las cuales la participación del Estado sea superior al cincuenta por ciento, se distancia ostensiblemente de la misma al añadir –insistimos– los institutos autónomos conceptuada como una modalidad de las empresas públicas.

c) El análisis del marco regulatorio de las empresas públicas, incorrectamente consagrado en la Ley Orgánica de la Administración Pública, revela la existencia de un blindaje excesivamente "publicístico" de las mencionadas empresas, el cual torna casi totalmente nugatoria la finalidad perseguida con la utilización de técnicas clásicas del Derecho

privado, como las societarias, que no es otra que flexibilizar la gestión y la gerencia de las empresas públicas, a tal punto que pueda llegar a equipararse a la gerencia privada, pues no debe olvidarse que cuando la Administración decide crear una sociedad anónima para que realice actividades empresariales, en última instancia busca la producción de bienes y servicios en un régimen competitivo, y el autofinanciamiento, por supuesto, sin ignorar que la organización y funcionamiento de la empresa siempre estará vinculada a un interés público.

En efecto, ese blindaje que sin dudas traspasa a la actuación "ad extra" de las empresas del Estado, queda demostrado con las normas que examinamos sobre las potestades de control ejercidas por el Presidente de la República, pero sobre todo las ejercidas por el Ministro de adscripción, las cuales se traducen en facultades exorbitantes en la dirección de la empresa, que van desde la fijación de la política, mediante la emanación de directrices con carácter vinculante, pasando por el control, la vigilancia y la inspección permanente, así como sobre el control de gestión, hasta imponerle la suscripción de los convenios de gestión, que al final funcionan como instrumentos de premio o sanción en materia presupuestaria. En ese contexto normativo, puede afirmarse que las empresas públicas, pese a su personalidad jurídica, tienen menos autonomía que los titulares de los órganos subordinados de un Ministerio, y desde luego, que una situación anómala como esa tiene necesariamente que reflejarse en el giro normal de los negocios de la empresa, y en sus relaciones con los terceros, formalmente regulados por el Derecho privado, incidiendo sobre la eficacia de éste.

d) Si nos referimos a las empresas mixtas previstas en el Decreto ley de Hidrocarburos, que pueden ser creadas con participación de los privados para realizar actividades primarias, con la condición de que el Estado tenga más del cincuenta por ciento del capital social de las mismas, es necesario advertir que el aludido blindaje "publicístico", más acentuado aún en ese caso, puede llegar a convertirse en un factor muy

negativo para lograr la inversión extranjera, e inclusive nacional, en un sector tan estratégico y tan necesitado de la misma, en virtud de que además de la imposibilidad de que puedan llegar a tener más acciones que el Estado, después de pactar la creación de la empresa con la Administración, los privados quedan sujetos al control que ejerce la Asamblea Nacional sobre ese convenio, pudiendo modificar las pautas establecidas, e imponer nuevas condiciones. Ante tal control no queda ningún vestigio de autonomía de voluntad contractual, y todo permite predecir que va a resultar muy difícil encontrar socios para crear empresas mixtas.

e) Si bien la LOAP sólo contempla la figura de las empresas del Estado, nada obsta para que a la luz de su articulado puedan formarse empresas en las cuales el Estado detente una porción del paquete accionario inferior al cincuenta por ciento, sin embargo, a la luz de los mecanismos contralores contenidos en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y de la Ley contra la Corrupción, pareciera una hipótesis negada la posibilidad de que los privados decidieran asociarse con la Administración Pública, cuando ésta detente un porcentaje accionario menor del cincuenta por ciento, porque a los efectos de los controles y de las sanciones ya examinados, la empresa privada por obra de la ley, se convierte en una empresa del Estado, y en consecuencia su patrimonio pasa a ser público, y sus directores y administradores funcionarios públicos, con todas las consecuencias anteriormente señaladas.

f) Finalmente, a pesar de que el artículo 106 de la LOAP establece que las empresas del Estado se regirán por la **legislación ordinaria** (mercantil, civil y laboral), salvo en lo establecido en dicho texto legislativo, resulta que la aplicación preferente a las empresas del Estado de toda la normativa de derecho público contenida en esa Ley, pone en evidencia un régimen jurídico en el cual la referida normativa supera con creces a la privada. Esa situación conduce a que las relaciones "ad extra", con los terceros que deberían, como ocurre en

otros países, estar regidas exclusivamente por el Derecho privado, están fuertemente coloreadas por el ejercicio de potestades públicas por parte de los jerarcas administrativos, y porque no decirlo, también por los líderes políticos que suelen colocar a su cuadros tanto en el órgano de adscripción como en la dirección de la empresa, de tal manera que resulta muy difícil que una administración teñida por esas variables, pueda lograr la flexibilidad gerencial propia de la empresa privada, con las consecuencias sobre el déficit fiscal, la ineficiencia y la corrupción.

En fin, se impone en el contexto de una política sensata revisar toda la normativa que regula a la empresa pública en Venezuela, y la oportunidad está pintada en la propia Constitución. Sólo se requiere que se de cumplimiento al artículo 300 de la misma, desde luego, con una orientación diferente a la seguida por el legislador al sancionar las leyes orgánicas de la Administración Pública, de la Contraloría General de la República, y de la Ley contra la Corrupción, así como el Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos.

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES, MANUEL. "Orden Constitucional Económico". En **Temas Básicos de Derecho Constitucional**. Civitas. Madrid, 2001.

ARIÑO ORTIZ, GASPAR. **Principios de Derecho Público Económico**. Editorial Comares. Granada, 2001.

BADEL, RAFAEL. **Régimen Jurídico de la Privatización**. Badel&Grau. Caracas, 1998.

BASSOLS, MARTÍN. **Constitución y Sistema Económico**. Tecnos. Madrid, 1984.

BONELLI, F. **La privatizzazione delle imprese pubbliche**. Milano. Giuffré. Milano, 1996.

BRANCA, G. **Comentario della Costituzione**. Zanichelli. Bologna. 1982.

BREWER, ALLAN. **Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado**. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1967.

__________: "El Derecho de Propiedad y la Libertad Económica. Evolución y Situación Actual en Venezuela". **Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera. Tomo II**. Universidad Central de Venezuela., Caracas, 1979.

CABALLERO, JESÚS. **Las Empresas Públicas en el Derecho Venezolano**. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1982.

CASSESE, SABINO. **La Nuova Costituzione Economica**. La Terza. Roma, 1996.

__________: **Trattato di Diritto Ammnistrativo. Tomo terzo: Finanza Pubblica e Privata. La disciplina dell' Economía**. Giuffré. Milano, 2000.

__________: "L' Impresa Pubblica. Storia di un concetto". En **La Empresa**. Giuffré. Milano, 1985.

CHAPUS, RENE, **Droit Administratif Général. Tome 1**. Montchrestien. París, 2001.

DE LAUBADERE, ANDRE. **Droit Public Economique**. Dalloz. Paris, 1976.

GALGANO, FRANCESCO, UMBERTO ROMAGNOLI Y OTROS. **Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell' Economia. Volume Primo**. Cedam. Padova, 1977.

FRENI, ELIZABETTA. "Le Privatizzazioni". **Trattato di Diritto Ammnistrativo. Tomo terzo: Finanza Pubblica e Privata. La disciplina dell' Economía**. Giuffré. Milano, 2000.

GALGANO, FRANCESCO. **La Societá per Azioni**. Cedam. Padova. 1988.

GAROFOLI, R. **Le Privatizzazioni degli enti dell economia**.Giuffré. Milano, 1998.

GIANNINI, MASSIMO. **Diritto Pubblico dell' Economia**. Il Mulino. Bologna, 1977.

__________: **Diritto Administrativo. Volumen secondo**. Giuffré. Milano, 1970.

GÓMEZ FERRER, RAFAEL. "La Reserva al Sector Público de Recursos o Servicios Esenciales". En **Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Tomo V.** Civitas. Madrid, 1991.

GUARINO, GIUSEPPE. **Scritti di Diritto Pubblico dell' Economia**. Giuffré. Milano, 1970

GIUSTI, MAURO. **Diritto Pubblico dell' Economia**. Cedam. Padova, 1997.

INSTITUTO DE DERECHO PÚBLICO DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA. **Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela (Tomos I y II)**. Caracas, 1981.

LACAVA, CHIARA. "L' Impresa Pubblica" En **Trattato di Diritto Amministrativo. Diritto Administrativo Speciale. Tomo Terzo**. Giuffré. Milano, 2000.

LAGUNA DE PAZ, JOSÉ. "La empresa Pública: Formas, Régimen Jurídico y Actividades". En **Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo II**. Civitas. Madrid, 1994.

LAVILLA, JUAN JOSÉ. "El Control Administrativos sobre las Sociedades Privatizadas". En **Estudios de Derecho Administrativo Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo**. Civitas. Madrid, 2003.

MARTÍN MATEO, RAMÓN. **Derecho Público de la Economía**. Ceura. Madrid, 1985

MARTÍN RETORTILLO, SEBASTIÁN. **Derecho Administrativo Económico I**. Editorial La Ley. Madrid, 1988.

__________: "Las Empresas Públicas. Reflexiones del momento presente". En **Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo II**. Civitas. Madrid, 1994.

MAYOBRE, JOSÉ. "Derechos Económicos". En el libro **Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera. Tomo II**. Universidad Central de Venezuela., Caracas, 1979.

MEIER, HENRIQUE. "La Constitución Económica". En **Revista de Derecho Corporativo. Vol 1, N° 1.** Universidad Metropolitana. Caracas, 2001.

MUÑOZ MACHADO, N. SANTIAGO". Los Límites Constitucionales de la Libertad de Empresa". En **Estudios de Derecho Administrativo Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo**. Civitas. Madrid, 2003.

NOVOA MONREAL, EDUARDO. **Nacionalización y Recuperación de Recursos Naturales ante la Ley Internacional**. Siglo XXI. Méjico, 1974.

PÉREZ, RITA. "I Controlli sugli Enti Pubblici Economici Privatizzati". En **Le Trasformazioni del Diritto Amministativo**. Giuffré. Milano, 1995.

PREDIERI, ALBERTO. "Collletivizzazione". En **Enciclopedia del Diritto. Volume VII**. Giuffré. Milano, 1960.

QUADRI. GIOVANNI. **Diritto Pubblico dell'Economia**. Societá Editrice Napolitana. Napoli, 1977.

ROCA ROCA, EDUARDO. Las Técnicas Societarias en la Administración Pública Española. En **Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo II**. Civitas. Madrid, 1994.

STOBER, ROLF. **Derecho Administrativo Económico**. Ministerio para las Administraciones Públicas. Madrid, 1992.

VALENTINI, S. **L' Impresa Pubblica. Lineamenti Giruidici** Giuffré. Milano, 1980.

VEDEL, GEORGE. **Derecho Administrativo**. Aguilar. Madrid, 1980.

VILLAR EZCURRA, JOSE. **Derecho Administrativo Especial**. Civitas. Madrid, 1999.

